REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas: Partida 1ª. Título I, Ley XIII).

LICENCIA NUMERO 451 DE 7 DE MARZO DE 1936
REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

SALA DE CASACION PENAL

TOMO CCLVII SEGUNDO SEMESTRE 1998 NUMERO 2496

VOLUMEN I

SANTAFE DE BOGOTA, D.C., COLOMBIA - AÑO 2000

REPUBLICA DE COLOMBIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
Corte Suprema de Justicia

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO CCLVII - NUMERO 2436

SEGUNDO SEMESTRE DE 1998

SALA DE CASACIÓN PENAL

VOLUMEN I

Santa Fe de Bogotá, D. C., Colombia - Año 1998
– IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA –



MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y DIGNATARIOS DE LA MISMA

PRIMER SEMESTRE DE 1998

SALA PLENA

Doctores *José Fernando Ramírez Gómez - Presidente*
Jorge Iván Palacio Palacio - Vicepresidente
Blanca Trujillo de Sanjuán - Secretaria General

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA

Doctor *Jorge Santos Ballesteros - Presidente*

Lina María Torres González Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Carlos Esteban Jaramillo Schloss*
Pedro Lafont Pianetta
José Fernando Ramírez Gómez
Jorge Antonio Castillo Rugeles
Nicolás Bechara Simancas
Rafael Romero Sierra
Jorge Santos Ballesteros

SALA DE CASACION LABORAL

Doctores *Fernando Vásquez Botero - Presidente*
Laura Margarita Manotas G. - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Rafael Méndez Arango*
Francisco Escobar Henríquez
José Roberto Herrera Vergara
Jorge Iván Palacio Palacio
Germán Gonzalo Valdés Sánchez
Ramón Zúñiga Valverde
Fernando Vásquez Botero

SALA DE CASACION PENAL

Doctor *Jorge Enrique Córdoba Poveda - Presidente*
Patricia Salazar Cuéllar - Secretaria

MAGISTRADOS

Doctores *Ricardo Calvete Rangel*
Nilson Elías Pinilla Pinilla
Fernando Enrique Arboleda Ripoll
Carlos Eduardo Mejía Escobar
Didimo Páez Velandia
Jorge Enrique Córdoba Poveda
Edgar Lombana Trujillo
Carlos Augusto Gálvez Argote
Jorge Aníbal Gómez Gallego

RELATORES

Doctoras *Liliana Polanía Alvarez*
Sala de Casación Civil y Agraria
Esperanza Inés Márquez Ortiz
Sala de Casación Laboral
Ayda Lucy López de Giraldo
Sala de Casación Penal
Beatriz Eugenia Cortés Becerra
Tutelas

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
Corte Suprema de Justicia

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATORA SALA CIVIL Y AGRARIA: Doctora LILIANA POLANIA ALVAREZ
RELATORA SALA LABORAL: Doctora ESPERANZA INES MARQUEZ ORTIZ
RELATORA SALA PENAL: Doctora AYDA LUCY LOPEZ DE GIRALDO
RELATORA DE TUTELAS: Doctora BEATRIZ EUGENIA CORTES BECERRA

TOMO CCLVII - SEGUNDO SEMESTRE DE 1998 - Número 2496

EXTINCION DE LA ACCION CIVIL

De conformidad con el artículo 62 del Código de Procedimiento Penal, procede la declaratoria de extinción de la acción civil adelantada dentro del proceso penal, cuando ocurre alguno de los modos de extinción de las obligaciones consagradas en el artículo 1625 del Código Civil.

Uno de esos casos, según la última preceptiva citada, es la transacción celebrada entre las partes, las cuales, cuando son capaces, y previo acuerdo, están en libertad de disponer un arreglo que ponga fin a la obligación civil, derivada de la comisión del hecho punible.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., primero (1°) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Proceso No. 14389

Aprobado acta No. 94

VISTOS

Decide la Corte la solicitud de desistimiento de la acción civil presentada por el defensor del procesado y el apoderado de la parte civil.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado 37 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante sentencia del 1° de agosto de 1997, condenó a Jaime Iván Ordóñez Ordóñez a la pena principal de 36 meses de prisión, multa de $5.000.oo y suspensión de ejercer el oficio de conducir vehículos por un lapso de un año, y a las accesorias de rigor, como autor del delito de homicidio culposo agravado.

2. El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, al desatar el recurso de apelación, modificó la sentencia mediante la suya que lleva fecha del 6 de noviembre del mismo año, pues le impuso al procesado el pago de perjuicios materiales y morales, por un valor equivalente, en moneda nacional, a 1.500 y 500 gramos oro, respectivamente.

3. Contra la anterior decisión el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación, el cual se encuentra en trámite en esta Corporación.

LA PETICIÓN

El defensor y el apoderado de la parte civil hacen a la Corte las siguientes peticiones:

"1. Se sirvan declarar extinguida la acción civil por transacción acordada sobre la totalidad de la litis.

"2. Se sirvan abstenerse de condenar en costas a ninguna de las partes con ese motivo.

"3. Se sirvan ordenar el levantamiento de las medidas preventivas decretadas sobre bienes de propiedad del sindicado.

"4. Se sirvan ordenar el archivo de la actuación en lo que corresponda".

Como sustento de sus pretensiones anexan el acta de transacción que suscribieron el procesado Jaime Iván Ordóñez Ordóñez y María Rosaura Ballesteros (madre de la víctima), en la cual se hace constar que el primero de los citados hizo entrega a la segunda de la suma de $18.000.000, como pago de perjuicios materiales y morales ocasionados con la infracción, de acuerdo con las sentencias de primera y segunda instancia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con el artículo 62 del Código de Procedimiento Penal, procede la declaratoria de extinción de la acción civil adelantada den-

tro del proceso penal, cuando ocurre alguno de los modos de extinción de las obligaciones consagradas en el artículo 1625 del Código Civil.

Uno de esos casos, según la última preceptiva citada, es la transacción celebrada entre las partes, las cuales, cuando son capaces, y previo acuerdo, están en libertad de disponer un arreglo que ponga fin a la obligación civil, derivada de la comisión del hecho punible.

Como se observa en este asunto, el procesado y la señora madre de la víctima, quien se constituyó en parte civil, acordaron como pago de perjuicios materiales y morales, ocasionados por la infracción que se le imputa al doctor Ordóñez Ordóñez, la suma de $18'000.000.oo, los cuales, conforme al acta de transacción, le fueron entregados a ella a satisfacción, lo que conduce indudablemente a la extinción de la obligación de indemnizar y, consecuencialmente, de la acción civil.

En consecuencia, la Sala declarará extinguida la mencionada acción, en lo que corresponde a los derechos de la señora María Rosaura Ballesteros.

2. El Juzgado 37 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, mediante auto del 25 de junio de 1997 y a solicitud del apoderado de la parte civil, decretó el embargo y secuestro de los derechos (cuota parte) que el procesado tiene sobre el inmueble ubicado en la carrera 14 A No. 141A-27, interior 123, de esta ciudad capital.

Como quiera que los intereses de la parte civil fueron plenamente satisfechos, la Sala procederá a ordenar el desembargo del mencionado inmueble.

3. Por último, como se trata del delito de homicidio culposo, en el que concurre la circunstancia de agravación prevista en el numeral 1° del artículo 330 del Código Penal, el proceso continuará su marcha normal, toda vez que por tal aspecto resulta improcedente la cesación de procedimiento por indemnización integral (art. 39 del C. de P.P.).

Por lo brevemente expuesto, *La* Sala de Casación Penal *de la* Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

1. DECLARAR EXTINGUIDA LA ACCION CIVIL respecto de los derechos de la señora María Rosaura Ballesteros, conforme a las razones expuestas en esta providencia.

2. CANCELAR EL EMBARGO Y SECUESTRO de los derechos (cuota parte) que el procesado Jaime Iván Ordóñez Ordóñez tiene sobre el inmueble ubicado en la carrera 14 A No. 141A-27, interior 123, de Santafé de Bogotá, con Matrícula Inmobiliaria No. 50N-1146317. En consecuencia,

una vez ejecutoriada esta decisión, líbrese la correspondiente comunicación a la Oficina de Instrumentos Públicos de esta ciudad Capital.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, (No firmó); Jorge Aníbal Gómez Gallego,(No firmó); Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REPOSICION

El recurso de reposición busca que el mismo funcionario que profirió la decisión -en este caso la Corte- vuelva sobre ella, y si es del caso, la revoque, reforme, adicione o aclare en forma total o parcial. Esta finalidad impone que el recurso se interponga y sustente en la oportunidad prevista de la ley, motivación que implica que el recurrente exponga las razones de hecho y de derecho por las cuales considera errada la providencia, a fin de que proceda la enmienda de los juicios equivocados del funcionario.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., primero (1°) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente, Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 11755

Aprobado Acta No. 94

Asunto

Notificado personalmente de la providencia de 26 de mayo del año en curso, por medio de la cual la Corte le negó libertad provisional, el procesado José Dolores Bermúdez Hidalgo presentó escrito en el cual pide "ACLARAR" el citado auto en lo que tiene que ver con el no reconocimiento del trabajo desarrollado en la Cárcel de Puerto Boyacá en dias domingos y festivos, esperando que en esta oportunidad como consecuencia del aporte de certificación que da cuenta de tales labores, Por su parte, la defensora del implicado presentó ahora copia de la resolución número 055 de 23 de julio de 1997, que le autorizó trabajo en dias sábados, domingos y festivos.

Surtidos los traslados previstos por la ley, en el entendido que se interpone y sustenta recurso de reposición, las demás partes guardaron silencio.

Consideraciones de la Corte

1. La defensora del incriminado José Dolores Bermúdez Hidalgo reclamó de la Corte el otorgamiento de libertad provisional, por considerar que

su representado reúne los requisitos previstos en los artículos 72 y 72 A del Código Penal.

2°. Frente a la anterior petición, la Sala en auto de 26 de mayo del año que transcurre, consideró que el estudio de la excarcelación no debe realizarse bajo las previsiones del artículo 72 A del Código Penal, en consideración a que el artículo 1° de la Ley 415 de 1997 excluye de la libertad condicional privilegiada, entre otros, a los sindicados del delito de fabricación y tráfico de armas de fuego o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, infracción imputada al aquí implicado.

Referente a los requisitos establecidos en el artículo 72, precisó la Corte que si bien Bermúdez Hidalgo sumando el tiempo de detención y la rebaja por trabajo que demostró en ese momento, cumple 64 meses y 20 días, superiores a las dos terceras partes de la sanción impuesta en los fallos de instancia, ese guarismo resulta insuficiente para el cumplimiento de la pena (84 meses de prisión), pues como se estableció en providencias de 12 de noviembre y 4 de diciembre de 1997, no satisface los requisitos de naturaleza subjetiva y, por tanto, debe cumplir la pena impuesta.

Referente a los certificados números 276, 321 y 369 expedidos por la Cárcel del Circuito Judicial de Puerto Boyacá, precisó la Sala que no se tuvieron en cuenta los días domingos y festivos, toda vez que dicho establecimiento carcelario no dio cumplimiento a lo establecido por el artículo 100 del Código Penitenciario y Carcelario.

3°. En el trámite de notificación de la providencia anterior, la defensora del implicado aportó copia de la resolución número 055 del 23 de julio de 1997 expedida por la Cárcel del Circuito Judicial de Puerto Boyacá, acto administrativo que destina al interno Bermúdez Hidalgo a que a diario elabore lista de reclusos que requieran de atención médica y suministre medicamentos, debiendo tenérsele en cuenta la redención de pena los días domingos y festivos; allegó copia al carbón de los certificados a que se hizo alusión en el punto anterior y fotocopia de constancia expedida por el Director del citado centro de reclusión.

Por su parte Bermúdez Hidalgo pide a la Corte que se aclare la providencia de fecha 26 de mayo del año en curso, pues estima que "por error involuntario de la Sala de Casación" o por "omisión del centro de reclusión al no anexarlos oportunamente", no se tuvo en cuenta la labor cumplida por él los domingos y festivos en la Cárcel de Puerto Boyacá, documentos que ahora presenta para que sean tomados en consideración para la aclaración que pide, y que en consecuencia se le reconozca el descuento a que tiene derecho.

4°. Dada la manifestación de inconformidad hecha por el procesado en la oportunidad prevista por la ley contra la providencia que le negó la excarcelación, enterado que contra ella procede el recurso de reposición, así

no hubiera utilizado esta fórmula, se ha entendido que interpone y sustenta el aludido recurso.

En orden a responder los planteamientos propuestos por el recurrente, se tiene:

El recurso de reposición busca que el mismo funcionario que profirió la decisión -en este caso la Corte- vuelva sobre ella, y si es del caso, la revoque, reforme, adicione o aclare en forma total o parcial. Esta finalidad impone que el recurso se interponga y sustente en la oportunidad prevista de la ley, motivación que implica que el recurrente exponga las razones de hecho y de derecho por las cuales considera errada la providencia, a fin de que proceda la enmienda de los juicios equivocados del funcionario.

No es entonces la reposición recurso que pueda utilizarse para enmendar falencias en que incurran los sujetos procesales al proponer sus peticiones, bien en el aporte de requisitos o en la aducción de planteamientos en los cuales apoyen sus pretensiones.

Al pronunciarse sobre La Petición de excarcelación, la Corte de manera provisional hizo reconocimiento de redención de pena con apoyo en los certificados expedidos por las autoridades carcelarias, que le fueron remitidos, sin que sea exacto la afirmación de Bermúdez Hidalgo en cuanto por presunto "error involuntario" no se tuvo en cuenta los domingos y festivos a que hace alusión la Cárcel de Puerto Boyacá, pues es claro que dicho establecimiento carcelario al otorgar los certificados número 276, 321 y 369, inobservó el mandato del artículo 100 de la Ley 65 de 1993 que señala que sólo con autorización del director del establecimiento, con la debida justificación, que por tanto debe expedirse, es viable que las horas trabajadas, estudiadas o enseñadas, durante los días domingos y festivos, se tengan en cuenta.

Que ahora el implicado y su defensora, enterados del pronunciamiento de la Corte, aporten documentos que autorizan tales labores, es gestión extemporánea procurando que se acceda a la aclaración pedida. No se repondrá en ninguna de sus partes la providencia recurrida.

Tampoco es viable La Petición de Bermúdez Hidalgo en orden a que en esta ocasión se reconozca la redención a que aluden los documentos ahora allegados, en primer lugar, porque distante está del cumplimiento de la pena que posibilite pronunciamiento oficioso de la Sala sobre su libertad provisional por pena cumplida y, en segundo aspecto, porque ya se le ha dicho que en el trámite del recurso de casación, la Corte sólo se pronuncia sobre redención de pena cuando deba estudiar excarcelación con fundamento en la causal segunda del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, o para efectos de beneficios administrativos.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1°. NO REPONER en ninguna de sus partes, la providencia de 26 de mayo del año en curso, por medio de la cual se negó la libertad provisional solicitada por la defensora del procesado José Dolores Bermúdez Hidalgo.

2°. ABSTENERSE de emitir pronunciamiento sobre la redención de pena solicitada por Bermúdez Hidalgo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote,(No firmó); Jorge Aníbal Gómez Gallego,(No firmó); Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ERROR DE HECHO / ERROR DE DERECHO

La vulneración mediata de la norma sustancial que deja de aplicarse o lo es indebidamente, acontece por error de derecho o de hecho. Este surgiría de falso juicio de existencia, si se supone o ignora una prueba, o de falso juicio de identidad, al distorsionar su contenido objetivo. Aquél puede derivar de falso juicio de legalidad (considerar alguna prueba allegada con violación capital de los preceptos que regulan su aducción) o falso juicio de convicción (no otorgarle al elemento de demostración el valor establecido por la ley, o concederle el que no tiene, si existiere tarifa probatoria).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., julio primero (1°) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Proceso No. 13294

Magistrado Ponente: *Nilson Pinilla Pinilla*

Aprobado Acta N°. 94

Asunto

Se procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación formulada en representación del procesado Aureliano Hidrobo Hidrobo.

Hechos

El 25 de diciembre de 1995, en la casa de Benito Hidrobo Martínez, ubicada en la vereda Fátima del municipio de El Tablón de Gómez (Nariño), se realizaba un fiesta. Al finalizar la tarde, resultó lesionado con arma blanca en el abdomen Ancízar Martínez Narváez, quien manifestó que Aureliano Hidrobo Hidrobo "lo había chuzado". El herido falleció cuando era trasladado a un puesto de salud.

Antecedentes Procesales

El Juzgado Promiscuo Municipal de El Tablón de Gómez abrió investigación y la Fiscalía Quinta Seccional de Pasto recibió indagatoria a Aureliano Hidrobo Hidrobo, decretando el 3 de enero de 1996 su detención

preventiva. Cerrada la investigación y vencido el traslado respectivo, el 19 de abril del mismo año le fue proferida por ese despacho resolución de acusación, como autor de homicidio simple doloso, descrito en el Código Penal por el artículo 323, modificado por el 29 de la Ley 40 de 1993 (fs. 125 y Ss. cd. 1ª), enjuiciamiento apelado por el defensor y confirmado el 7 de junio siguiente, por la Fiscal Coordinadora de la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior de Pasto.

Adelantado el juicio por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, el 24 de octubre de 1996 condenó al procesado a 25 años de prisión, 10 años de interdicción de derechos y funciones públicas, y a la indemnización de los perjuicios ocasionados con el homicidio (fs. 248 y Ss. *ib.*).

Esta sentencia fue apelada por el defensor y confirmada el 11 de diciembre del mismo año por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto (fs. 283 y Ss. ib.), fallo contra el cual dicho sujeto procesal interpone el recurso extraordinario de casación.

DEMANDA

El recurrente anuncia que "desarrollará la censura (sic) a través de dos cargos fundamentados en causales distintas y propuestos de manera subsidiaria", para preservar el principio de no contradicción. Así, bajo el título de primer cargo acude a la causal primera de casación para acusar "VIOLACION DIRECTA (sic) DE LA LEY SUSTANCIAL, consagrada en el inciso 2°, del numeral 1° del art. 220 del C. P. P.", que dice provenir de "ERRORES DE HECHO TRASCENDENTES Y MANIFIESTOS EN LA VALORACION PROBATORIA, REFERIDA ESTA AL FACTOR DE LA CULPABILIDAD", fallando los requisitos para condenar (art. 247 *ib.*).

Dice que el error más grande proviene del Fiscal 5° Seccional, que no analizó las declaraciones aportadas por el defensor durante la instrucción y el juicio, limitándose la Fiscalía y el Juzgado a transcribir la prueba testimonial de oídas, pero nada dijeron sobre las contradicciones de los deponentes y desconocieron el mandato legal que exige al funcionario la exposición razonada del mérito que le asigne a cada prueba, incurriendo en errores en la apreciación probatoria y falta de "motivación en la providencia, proferida por el funcionario interviniente, Fiscalía, Juzgado y Tribunal".

Acude a aserciones de dos tratadistas en el entendimiento de lo dispuesto por el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal y pregona violación del 294 ibídem, para pasar luego a efectuar su propio análisis testimonial, denotando que nadie "miró cuando mi defendido propinaba la puñalada en contra de la humanidad de Ancizar Martínez Narváez", dejándose de valorar la razón para que uno solo de los deponentes, sin probar los hechos, deduzca responsabilidad en contra de Aureliano Hidrobo, quien permaneció dormido y no tuvo contacto con la víctima, cuyo enfren-

tamiento fue con Pastor Hidrobo, pidiendo después que no lo dejaran morir, "como lo corrobora el testigo directo de los hechos, señor Lucas Evangelista Arteaga Gómez... que nunca miró a mi defendido atacar o enfrentarse con el occiso, porque ese día él no estaba allí, y esta sí es una prueba directa, que determina la inocencia de Aureliano..."

Observa que con las pruebas que a solicitud suya se allegaron en el juicio, la inspección judicial como "la más fundamental", demostró que era inconcebible que de todos los que se encontraban en el lugar de los hechos cuando éstos acaecieron, sólo uno, "(Giraldo Latorre), lo haya mirado a pesar de que en declaración inicial, dice todo lo contrario, y las demás personas intervinientes, ninguno miró a Aureliano Hidrobo, en el patio o con algún altercado con el occiso, y estas son pruebas contundentes que no fueron valoradas por los funcionarios judiciales, que en ningún momento llegaban hasta la certeza absoluta de la responsabilidad de mi defendido..."

Sin determinar cuál es el otro cargo que sólo anunció fundamentaría en causal distinta y propondría de manera subsidiaria, arguye que "otro error sustancial de la violación de la ley, y que nunca se tuvo en cuenta, ni por la Fiscalía, ni por el Juzgado, es el hecho de que Aureliano Hidrobo, nunca tuvo intención ni voluntad de atacar, a Ancízar Martínez Narváez, no había motivo aparente, no existía enemistad, antes por el contrario, amistad; el acto doloso no existe dentro del proceso", agregando que la víctima murió por anemia aguda, debida a falta de atención médica oportuna.

Así, el recurrente solicita a la Corte revocar la sentencia proferida en contra de su representado.

Consideraciones de la Corte

La demanda de casación no es un escrito de libre elaboración, constituyendo el recurso extraordinario un enjuiciamiento técnico que se efectúa a la sentencia atacada, de conformidad con una serie de reglas establecidas a tal efecto por expreso mandato legal.

Aunque el recurrente en la presentación del cargo se refiere a la violación directa de la ley, al especificar la cita de la causal y cuando trata de desarrollarla acude a la valoración probatoria, con lo cual ha de entenderse que el ataque lo orienta por la violación indirecta y aquella denominación inicial es simple producto de un lapsus cálami.

La vulneración mediata de la norma sustancial que deja de aplicarse o lo es indebidamente, acontece por error de derecho o de hecho. Este surgiría de falso juicio de existencia, si se supone o ignora una prueba, o de falso juicio de identidad, al distorsionar su contenido objetivo. Aquél puede derivar de falso juicio de legalidad (considerar alguna prueba allegada

con violación capital de los preceptos que regulan su aducción) o falso juicio de convicción (no otorgarle al elemento de demostración el valor establecido por la ley, o concederle el que no tiene, si existiere tarifa probatoria).

Al seleccionar el libelista la causal primera de casación (art. 220-1 del C. de P. P.), se infiere que va imputar yerros *in judicando* cometidos por los juzgadores en la sentencia; sin embargo, comienza por adjudicar errores a la Fiscalía en el sumario y en el juicio, que además en esta segunda etapa asume el carácter de sujeto procesal.

Aparte de lo anterior, el censor desconoce la doble presunción de acierto y legalidad que acompaña al fallo judicial. Quiere imponer su personal valoración probatoria, particularmente sobre los testimonios y los que considera de oídas, acerca de los cuales patentiza que la ley y la jurisprudencia niegan valor, o se lo otorgan "muy reducido", pero no señala y menos demuestra algún yerro específico en que haya incurrido el Tribunal.

Afirma que los funcionarios judiciales no valoraron que la mayoría de los declarantes, sin concretar quiénes, no notaron la presencia del sindicado en la casa donde sucedieron los hechos. No demuestra por qué ha de preferirse la capacidad de percepción de aquéllos por encima de la fuente de la versión contraria, como tampoco la trascendencia del presunto error al punto que, de no haberse incurrido en él, la sentencia habría sido la absolutoria por la cual aboga.

Aunque al parecer estaría encaminado a deducir un falso juicio de identidad, no concreta en dónde el *ad quem* tergiversó la significación fáctual de alguna prueba, valorándola en desacuerdo con las reglas de la sana crítica, o arribó a conclusiones reñidas con la lógica, o contrarió gravemente los dictados de la ciencia y la experiencia.

Se observa que el recurrente simplemente ensaya extraer de dichos testimonios las deducciones favorables a la causa que defiende, procurando adaptar factores de credibilidad en algunos o inverosimilitud en otros, con apoyo en lo eventualmente apreciado en la inspección judicial. Pero, como ya se anotó, no está endilgando a quien debe, o sea al fallador de segunda instancia, algún yerro en concreto, ni determinando su modalidad, limitándose a formular algunos reparos innominados, que además expone de manera insular y sin precisión ni claridad.

La ausencia formal de un cargo debidamente explicitado por el censor, lo aparta del régimen de la casación y deja a la Corte sin posibilidad de pronunciamiento de fondo, imposibilitada como está para subsanar las falencias de la demanda, ni asumirla por vía diferente de la planteada.

Adicionalmente, al solicitar el impugnante que sean tomados en cuenta los argumentos expuestos "cuando sustenté el recurso de apelación, donde demostraba que no están dados los requisitos exigidos por el art.

247 del C. de P. P., para proferir condena", está poniendo en evidencia que, en lugar de ceñirse a los postulados que rigen la casación, continúa manteniéndose en el plano de los alegatos de instancia.

De otra parte, el defensor vuelve a incurrir en la desubicación de dirigir su censura contra las actuaciones de la Fiscalía y el Juzgado, que no tomaron en cuenta que el sindicado "nunca tuvo intención ni voluntad de atacar" a la víctima, agregando que "el acto doloso no existe dentro del proceso", con lo cual parece dar alcance a lo escrito en la enunciación del mal titulado "PRIMER CARGO", donde hace mención al "error en la apreciación de determinada prueba, en el cual le definen la culpabilidad dolosa a mi defendido (art. 36 ibídem C.P.P.)" (sic), pero no determina prueba alguna, para luego efectuar otra vacía alusión "al factor de la culpabilidad".

Posiblemente ahí yacía el cargo que anunció proponer de manera subsidiaria y no lo hizo, dejando remotamente insinuado que la culpabilidad de su asistido no fue dolosa, pero sin dar el más mínimo sustento a tal esbozo, que por excluyente y contradictorio con la no autoría que ha pregonado, ciertamente habría tenido que plantear separada y subsidiariamente, por expreso mandato del inciso final del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

De la misma manera tenía que proceder y tampoco lo hizo, si alguna consecuencia jurídica pretendía derivar de su otra vacua insinuación, de haberse debido la muerte a la falta de atención médica oportuna.

Los requisitos señalados por el Código de Procedimiento Penal, particularmente en su artículo 225, no fueron consagrados por el legislador de manera caprichosa, sino para que se estructure una cabal formulación y desarrollo de los cargos, que posibilite el análisis de fondo y la solución a que hubiere lugar. Como la demanda examinada constituye, al contrario de lo que la ley exige, un escrito impreciso, incompleto y contradictorio, se impone su rechazo en atención a dicho precepto y a lo dispuesto por el artículo 226 del mismo estatuto, lo cual conduce a declarar desierta la impugnación mediante decisión de Sala, que adquiere ejecutoria en la fecha de suscripción (art. 197 ib.) y no admite recurso alguno.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

RECHAZAR *IN LIMINE* la demanda de casación presentada en nombre del procesado Aureliano Hidrobo Hidrobo y, en consecuencia, declarar desierto el recurso interpuesto.

Esta decisión queda ejecutoriada el día en que es suscrita y no admite recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, (No firmó); Jorge Aníbal Gómez Gallego,(No firmó); Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SUBROGADO PENAL

Si bien el peticionario ostenta aún la condición de procesado porque la condena de que fue sujeto en las instancias no se encuentra ejecutoriada, debido a la impugnación extraordinaria, debe reiterar la Sala que en eventos como el que se analiza resulta improcedente la sustitución de la medida de aseguramiento pues una vez dictada sentencia en la que se declare la responsabilidad del acusado y se le imponga una pena, sólo sería viable otorgar en aquella el subrogado de la condena de ejecución condicional o, luego de su ejecutoria, el subrogado de la libertad condicional cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 72 del Código Penal. Si no se produce dicha ejecutoria pero se satisfacen las exigencias de esta norma, lo procedente sería la libertad provisional señalada en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., julio primero (1°) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Proceso No. 14516

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Enrique Córdoba Poveda*

Aprobado: Acta No. 94

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud que, de sustitución de la medida de aseguramiento, formula el procesado Milton Mauricio Pinzón Becerra.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

1. Habiéndosele imputado la comisión de un delito de concusión, Milton Mauricio Pinzón Becerra fue privado de su libertad, sujeto a medida de aseguramiento de detención preventiva, mediante resolución de octubre 22 de 1996 y acusado en providencia de febrero 14 del año siguiente.

2. El Juzgado 55 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá condenó a Pinzón Becerra a la pena principal de 50 meses de prisión y multa equiva-

lente a 50 salarios, negándole por tanto el subrogado de la condena de ejecución condicional, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de esta ciudad en sentencia de noviembre 18 de 1997, la cual es ahora objeto del recurso de casación.

3. El procesado, invocando el artículo 396 del Código de Procedimiento Penal y aportando acta del Consejo de Disciplina del centro de reclusión y certificado acerca de que ha trabajado 192 horas como ordenanza y 696 como instructor de alfabetización, solicita a la Corte la sustitución de la detención preventiva, que pesa en su contra, por detención domiciliaria.

4. Si bien el peticionario ostenta aún la condición de procesado porque la condena de que fue sujeto en las instancias no se encuentra ejecutoriada, debido a la impugnación extraordinaria, debe reiterar la Sala que en eventos como el que se analiza resulta improcedente la sustitución de la medida de aseguramiento pues una vez dictada sentencia en la que se declare la responsabilidad del acusado y se le imponga una pena, sólo sería viable otorgar en aquella el subrogado de la condena de ejecución condicional o, luego de su ejecutoria, el subrogado de la libertad condicional cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 72 del Código Penal. Si no se produce dicha ejecutoria pero se satisfacen las exigencias de esta norma, lo procedente sería la libertad provisional señalada en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

Por tanto, proferido el fallo de condena, que en este asunto no ha adquirido ejecutoria, la sustitución de la medida de aseguramiento que demanda Pinzón Becerra resulta improcedente, sin que de otro lado se den las condiciones que harían posible su libertad provisional, por lo que ninguna decisión distinta habrá de tomarse que la de negar La Petición así formulada.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Resuelve:

NEGAR al procesado Milton Mauricio Pinzón Becerra la sustitución de la medida de aseguramiento vigente en su contra.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, (No firmó); Jorge Aníbal Gómez Gallego, (No firmó); Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION

La extradición no es un procedimiento penal sino un acto de derecho internacional mediante el cual el Ministerio de Justicia niega o concede la extradición de una persona condenada o procesada en el exterior, previo concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con lo prescrito por los tratados públicos, o en su defecto, conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal, como ocurre en este caso.

Opinión que esta Sala de la Corte debe fundar en la validez formal de la documentación que acompaña a la reclamación, en la demostración plena de la identidad del requerido, en el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y cuando fuere el caso en el cumplimiento de lo dispuesto por los tratados públicos, sin que ostente repercusiones penales.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D. C., dos (2) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Proceso No. 14022

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Aprobado Acta No. 95

Vistos

Decide la Sala sobre la solicitud de suspensión de la detención preventiva elevada por el apoderado del reclamado en extradición señor Sergio Bravilo González.

Antecedentes

1. Avocado por esta Sala de la Corte el conocimiento de la petición de extradición, y rituado el traslado previsto en el art. 556 del Código de Procedimiento Penal, se halla el trámite en espera de la aclaración y complementación de la información suministrada por el Estado Requirente en lo que atañe al curso del proceso, y de las copias de las disposiciones legales que allí regulan la prescripción, pruebas decretadas de oficio por la Corporación.

2. El defensor del reclamado en extradición demanda ahora la suspensión de la detención preventiva con arreglo a lo previsto en el numeral 3o. del art. 407 del Código de Procedimiento Penal, estribado en el supuesto padecimiento de una enfermedad grave por parte de su cliente que viene limitándole la locomoción, la que quiere demostrar con la aducción del testimonio de su médico privado o en su defecto con un peritaje médico legal, medios que pide sean decretados.

Además censura la pasividad indolente mostrada por las autoridades penitenciarias frente al hecho de que salvo uno de los exámenes programados los demás fueron postergados pese al avance progresivo de la enfermedad, transgrediendo con su actitud el mandato contenido en el canon 2o. de la Constitución Nacional, descalabro que pretende superar acudiendo a la Corte.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La extradición no es un procedimiento penal sino un acto de derecho internacional mediante el cual el Ministerio de Justicia niega o concede la extradición de una persona condenada o procesada en el exterior, previo concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia de acuerdo con lo prescrito por los tratados públicos, o en su defecto, conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal, como ocurre en este caso.

Opinión que esta Sala de la Corte debe fundar en la validez formal de la documentación que acompaña la reclamación, en la demostración plena de la identidad del requerido, en el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y cuando fuere el caso en el cumplimiento de lo dispuesto por los tratados públicos, sin que ostente repercusiones penales.

Ahora bien, como la suspensión de la detención preventiva impetrada no se orienta hacia alguno de los factores que fundan el concepto que la Sala debe rendir sobre la solicitud de extradición, fluye evidente su incompetencia para resolverla máxime cuando los cánones 566 y 568 del Código de Procedimiento Penal radican en el Fiscal General de la Nación la potestad de disponer sobre la captura y liberación del reclamado de presentarse las hipótesis allí previstas; además de que durante el trámite permanecerá a sus órdenes.

Por lo expuesto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia;

RESUELVE:

ABSTENERSE de considerar la petición de suspensión de la detención preventiva impetrada por el defensor del requerido en extradición.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, (No firmó); Jorge Aníbal Gómez Gallego, (No firmó); Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia. Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INTERPRETE-Solicitud / **NOTIFICACION**

Dentro del Libro I, Título IV, Capítulo I del Código de Procedimiento Penal, denominado "Actuación Procesal", se halla el artículo 157 en el que se establece que "las actuaciones deben extenderse por escrito y en idioma castellano; si estuvieren en otro idioma o la persona no pudiere expresarse en castellano, se hará la traducción correspondiente o se utilizará un interprete".

La notificación de las providencias es la manifestación del principio constitucional de publicidad de las actuaciones que integra el derecho fundamental al debido proceso y no puede confundirse de ninguna manera con el acta de la notificación, pues mientras aquella es el hecho, ésta es la prueba de ese hecho.

La notificación personal es el acto por medio del cual el Estado a través de un servidor público que ejerce jurisdicción para esa específico actuación, entera al sujeto procesal del contenido de una decisión judicial.

La esencia de la notificación deviene entonces del contenido de la información que se suministra al notificado, que no puede hacerse de otra manera que "leyendo íntegramente la providencia a la persona a quien se notifica, o permitiendo que ésta lo haga", tal como lo ordena el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal, y enterada la persona en tal forma está adecuadamente notificada.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D.C. dos (2) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Proceso No. 13786

Aprobado Acta No. 95

VISTOS

Decide la Sala lo que en derecho corresponda respecto de la solicitud de traducción que el requerido en extradición Antonio Benestante anotó al momento de la notificación del auto de abril 16 de 1998.

ANTECEDENTES

El señor Antonio Benestante se encuentra vinculado al trámite de extradición que se inició por el requerimiento que hace la República Italiana para que responda en su territorio por la comisión de algunas conductas punibles.

Dentro de la actuación adelantada por la Sala, el requerido en extradición nombró un abogado para que lo represente.

El apoderado de Antonio Benestante solicitó la práctica de algunas pruebas, sobre cuya procedencia decidió la Sala en auto del 16 de abril de 1998, del que se notificó personalmente.

El mismo auto se le notificó al requerido en extradición quien al momento de la diligencia anotó en el acta: "no me notificó de esta providencia en cuanto desconozco los términos legales presente en ella. Pido muy comedidamente se sirvan traducirla al italiano", constancia que respaldó con su firma.

CONSIDERACIONES

1. Dentro del Libro I, Título IV, Capítulo I del Código de Procedimiento Penal, denominado "Actuación Procesal", se halla el artículo 157 en el que se establece que "las actuaciones deben extenderse por escrito y en idioma castellano: *si* estuvieren en otro idioma o *la persona no pudiere expresarse en castellano*, se hará la traducción correspondiente o *se utilizará un intérprete*".

La norma legal es clara en señalar que solo en el evento de que "la persona no pudiere expresarse en castellano (...) se utilizará un intérprete", regla que además encuentra consonancia con los literales "a y f" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Ley 74 de 1968 y con el literal "a" del numeral 2° del artículo 8° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" incorporado al ordenamiento nacional por la Ley 16 de 1972 que se refieren al derecho que le asiste a toda persona en una actuación judicial para "ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el Tribunal".

Deviene de lo anterior que el supuesto de hecho necesario para que se acuda al intérprete es que el procesado o la persona vinculada a la actuación judicial no comprenda, no hable o no pueda expresarse en idioma castellano, que según el artículo 10 de la Constitución Política es el oficial de Colombia. Aunque aparentemente tautológico el supuesto de hecho, su presencia se explica en que el derecho a un intérprete que un procesado puede reclamar en las actuaciones judiciales, no deviene de la condición de extranjero sino de la demostración del desconocimiento de la lengua

nacional que por ello lo imposibilita para expresarse ante el Tribunal o comprender lo que el Juez o Magistrado le expresa.

2. Establecidas las sencillas pero necesarias premisas citadas en precedencia, debe estudiarse la anotación manuscrita del requerido en extradición Antonio Benestante.

Ab initio debe descartarse que el señor Benestante se encuentre dentro del supuesto de hecho atrás referido, pues plena prueba de su capacidad para expresarse en idioma castellano es la propia constancia que respalda con su firma (folio 165) en la que señala en perfecto castellano, sin errores de ortografía siquiera, su oposición a la notificación, la solicitud de traducción y el desconocimiento de los términos legales de la decisión.

El expediente tiene además otros ejemplos del manejo del idioma castellano por parte del requerido en extradición Antonio Benestante, véanse los siguientes ejemplos: En el folio 118, anota en castellano y con el respaldo de su firma que en la fecha ha dado poder a un abogado y en el folio 128 se notifica del auto que ordena correrle traslado para que solicite pruebas.

Agréguese a lo anterior que el informe de captura del DAS enseña que se encuentra casado con una ciudadana colombiana, que La Petición de pruebas de su abogado incluía la demostración de que tiene un hijo colombiano y que el trámite de su cédula de extranjería (folio 159) informa que ingresó al país desde 1980, para concluir una larga relación con el país, que sumada al establecimiento de un núcleo familiar nacional son indicativos de su capacidad para comprender y ser comprendido en el idioma nacional.

Suficiente lo expuesto para negar la asignación de un traductor en este trámite de extradición.

3. Ahora bien, el texto de la constancia que ha dejado el señor Benestante permite aseverar que lo que desconoce no es el idioma nacional, sino los términos legales en los que se expresa la decisión que adoptó la Sala, situación que no Resuelve: un interprete, cuya traducción es apenas literal, sino su abogado, por lo cual la Sala ordenará enterarlo de esta decisión y lo requerirá para que en ejercicio de su función profesional mantenga a su procurado al tanto del contenido legal de las decisiones que se profieren en esta actuación.

4. La notificación de las providencias es la manifestación del principio constitucional de publicidad de las actuaciones que integra el derecho fundamental al debido proceso y no puede confundirse de ninguna manera con el acta de la notificación, pues mientras aquella es el hecho, ésta es la prueba de ese hecho.

La notificación personal es el acto por medio del cual el Estado, a través de un servidor público que ejerce jurisdicción para esa específica actuación, entera al sujeto procesal del contenido de una decisión judicial.

La esencia de la notificación deviene entonces del contenido de la información que se suministra al notificado, que no puede hacerse de otra manera que "leyendo íntegramente la providencia a la persona a quien se notifica, o permitiendo que ésta lo haga", tal como lo ordena el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal, y enterada la persona en tal forma está adecuadamente notificada.

No puede entonces afirmarse que la notificación no ocurrió porque el notificado se niegue a firmar el acta correspondiente; o porque la firme anotando que no se notifica, como lo hizo en este caso el requerido en extradición, pues, a partir de allí el problema no se plantea sobre el acto de la notificación sino sobre la prueba de él y para ello la ley, especificamente el Código de Procedimiento Civil en el inciso 2° del artículo 315 señala que "si el notificado no sabe, no puede o no quiere firmar, el notificador expresará esta circunstancia en el acta; el informe del notificador se considerará rendido bajo juramento que se entenderá prestado con la firma del acta"

Además el inciso siguiente del mismo artículo señala que "al notificado no se le admitirán otras manifestaciones que la de asentimiento a lo resuelto, la convalidación de lo actuado, el nombramiento prevenido en la providencia y la interposición de los recursos de apelación o casación"

La norma citada se integra con el artículo 194 del Código de Procedimiento Penal en cuanto ordena que "la notificación de toda providencia a una persona que se halle privada de la libertad, se realizará en el respectivo establecimiento, informando al sindicado sobre los recursos que proceden contra ella y dejando constancia en la dirección o asesoría jurídica y en el expediente"

Tiénese entonces que el notificado Benestante no se negó a firmar la notificación, sino que lo hizo haciendo anotaciones que deben tenerse como no hechas, pues no están incluidas dentro de aquellas que se permiten, por lo que el acta que aparece en el folio 165 en cuanto da cuenta de la realización de la notificación tiene plena validez.

En consecuencia como no se le puede oponer al acta del folio 165, para invalidarla como prueba de la notificación, la constancia anotada por el notificado y como está demostrado que Antonio Benestante está en plena capacidad de comprender el sentido literal de la decisión que se le informó, y que para el entendimiento de las expresiones de contenido legal en el trámite de extradición tiene la asesoría del defensor técnico designado por él mismo, concluyese entonces surtida la notificación personal al requerido en extradición y en consecuencia la Secretaría de la Sala continuará el trámite con arreglo a la ley.

En mérito de lo anteriormente expuesto, La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

1°. Negar la asignación de un interprete para que asista al requerido en extradición Antonio Benestante en este trámite.

2°. Requiérase al apoderado del señor Benestante en la forma aludida en la parte motiva.

3°. Declárase legalmente notificada al requerido en extradición la decisión del 16 de abril de 1998. Por la secretaría de la Sala continúese el trámite conforme a la ley.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, (No firmó); Jorge Aníbal Gómez Gallego, (No firmó); Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ BENEFICIO ADMINISTRATIVO

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es incompetente para reconocer redenciones de pena por trabajo, estudio o enseñanza cuando el propósito de tal reconocimiento sea diferente del de tener en cuenta el lapso redimido para el cómputo total de la sanción para obtener libertad provisional o para que se tenga en cuenta en la demostración de que el procesado se halla en fase de mediana seguridad.

Los beneficios administrativos de libertad preparatoria y franquicia preparatoria sólo pueden ser concedidos por el INPEC a los internos cuyas sentencias hayan obtenido ejecutoria y que por tanto se denominan condenados respecto de los cuales la única autoridad judicial que puede reconocerles redenciones de pena son los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad o quienes hagan sus veces.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D.C., tres (3) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Proceso No. 14521

Aprobado Acta No. 96

VISTOS

Decide la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia la solicitud de redención de pena que ha presentado el defensor de la procesada Mélida Esther Ruiz Morales, con el propósito de adelantar los trámites ante el INPEC para obtener los beneficios administrativos de la libertad y franquicia preparatorias.

ANTECEDENTES

1. Como resultado de las pesquisas que venían adelantando agentes del DAS desde noviembre de 1995, se pudo establecer la existencia de una

organización delictiva cuyos integrantes se dedicaban al hurto de vehículos, especialmente en la línea Mazda, para su posterior desguazamiento y venta de las autopartes.

Dicha labor de inteligencia llevó a determinar que los vehículos sustraídos eran llevados a unos talleres en los cuales eran desvalijados y que además la organización contaba con un almacén de venta y distribución de repuestos denominado "Mundimazda".

También fue posible establecer que sus integrantes se reunían de manera periódica a planear sus infracciones en el negocio denominado "Cine Video Yogui" de propiedad de la procesada Mélida Esther Ruiz Morales.

Debido a la práctica de varios allanamientos realizados por la Fiscalía en los distintos lugares donde se tenía conocimiento que operaba la empresa delictiva, fue posible sorprender en flagrancia a la mayoría de sus integrantes en posesión de un número considerable de repuestos, sin que pudieran explicar su procedencia. Dentro del grupo de personas aprehendidas se encontraba la aquí solicitante, a quien el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, mediante providencia del 28 de noviembre de 1997, condenó, entre otros, a la pena de tres (3) años y diez (10) meses de prisión como coautora responsable de los delitos de receptación y concierto para delinquir.

2. El defensor de la procesada Mélida Esther Ruiz Morales solicita a la Sala que "se sirva conceder en decisión judicial, la redención de penas" por los certificados de trabajo que obran en el expediente, y a continuación agrega que lo anterior se hace necesario porque su poderdante se encuentra tramitando los beneficios consagrados en el Decreto 1542 de 1997, "libertad preparatoria y trabajo fuera de la cárcel".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. *La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene claramente definidas sus atribuciones constitucionales y legales, entre las cuales no se cuenta, en principio, en materia del recurso extraordinario de casación nada diferente al trámite de tan especial forma impugnatoria.*

Durante el conocimiento de los asuntos por razón de la casación, y habida cuenta que la interposición de tal recurso impide la ejecutoria de la sentencia, pueden presentarse solicitudes de libertad provisional que la Sala Resuelve: *excepcionalmente con fundamento en el mandato legal del inciso 4° del numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal en cuanto señala que "la libertad provisional a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que está conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista".*

En este mismo sentido y como excepción a la regla general de que son los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad los competentes

para conceder las redenciones de pena por trabajo, estudio o enseñanza (artículo 75, Código de Procedimiento Penal y 51 del Código Penitenciario y Carcelario), se reconocen provisionalmente tales redenciones en desarrollo de lo ordenado por el inciso 3° del numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal de que "la rebaja de pena por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción".

2. Con la expedición del Decreto 1542 de 1997 se amplió el ámbito de la Corte para el reconocimiento de redenciones de pena, pues el artículo 5° de tal norma modificó la oportunidad para obtener el beneficio administrativo del permiso hasta de 72 horas, al hacerlo extensivo a aquellos internos "(...) cuyo recurso de casación se encuentre pendiente", por lo que la Sala mediante acuerdo del 20 de noviembre de 1997 (acta No. 144) señaló que "el reconocimiento provisional de esta rebaja sólo procede para los fines señalados en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993. Por consiguiente si el peticionario no cumple la tercera parte de la pena impuesta, la Sala se abstendrá de hacer dicho reconocimiento".

3. En este orden de ideas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es incompetente para reconocer redenciones de pena por trabajo, estudio o enseñanza cuando el propósito de tal reconocimiento sea diferente al de tener en cuenta el lapso redimido para el cómputo total de la sanción para obtener libertad provisional o para que se tenga en cuenta en la demostración de que el procesado se halla en fase de mediana seguridad.

4. Como la redención la solicita el abogado es para tramitar beneficios administrativos de libertad preparatoria y franquicia preparatoria de la procesada Ruiz Morales la Sala se abstendrá de reconocer la redención de pena solicitada.

Surge igualmente la incompetencia de la Corporación, por la situación procesal de la detenida Ruiz Morales pues aun es procesada, habida cuenta que la sentencia no ha cobrado ejecutoria, y no condenada que es a quienes se refieren los artículos 148 y 149 de la Ley 65 de 1993 como potenciales beneficiarios de tales medidas administrativas.

No puede señalarse, como parece entenderlo el defensor, que el Decreto 1542 de 1997 halla modificado los artículos 148 y 149, en el sentido de variar la naturaleza de condenados por la de procesados como potenciales usuarios de los beneficios de libertad preparatoria o franquicia preparatoria, pues el texto del decreto no se refiere a tal hecho, y la única modificación que consagró fue la de reducir el tiempo de detención de las cuatro quintas partes de la pena efectiva que exigía la Ley 65 de 1993 a las dos terceras partes de la pena impuesta que ahora exige el Decreto 1542 de 1997 para obtener tales favores.

Concluyese entonces que los beneficios administrativos de libertad preparatoria y franquicia preparatoria sólo pueden ser concedidos por el

INPEC a los internos cuyas sentencias hayan obtenido ejecutoria y que por tanto se denominan condenados respecto de los cuales la única autoridad judicial que puede reconocerles redenciones de pena son los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad o quienes hagan sus veces.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. ABSTENERSE de reconocer la redención de pena por trabajo solicitada por el defensor de la procesada Mélida Esther Ruiz Morales.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, (No firmó); Jorge Aníbal Gómez Gallego, (No firmó); Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Causal primera

La acción de revisión, es un instituto jurídico que tiene por objeto corregir la injusticia en que haya podido incurrir el juzgador al imponer un fallo de condena a una persona que no debe responder por los hechos que fueron materia de juzgamiento, mediante la demostración de uno cualquiera de los motivos contemplados en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, o frente a una decisión absolutoria preclusiva o de cesación de procedimiento en los eventos de los numerales 4 y 5 de la misma disposición.

El fin primordial que orienta el ejercicio de este mecanismo de excepción, radica en la posibilidad de lograr la remoción de un fallo, a efectos de enmendar la injusticia material en que haya podido incurrir el juzgador de instancia.

Es por ello que frente a esos precisos derroteros, el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal contempla, para su admisibilidad, entre otros requisitos, la necesidad de que el actor invoque los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la acción y relacione las pruebas que aporta para demostrar los supuestos básicos de La Petición.

Un primer reparo debe hacer la Sala respecto del libelo que se sometió a consideración y es el relativo a la incoherente y desordenada presentación de sus fundamentos, así como la falta de metodología al abordar los distintos temas allí contenidos, al punto que impiden comprender el real objetivo de su postulación.

De otra parte, el actor no atendió a ninguno de los lineamientos que la ley estipula para su admisión, sino que dedicó sus argumentos a cuestionar los fallos de instancia por la forma como se resolvió el asunto, intentando presentar nuevas hipótesis y proclamando un desconocimiento al derecho de defensa de su patrocinado, olvidando demostrar la real configuración de la causal que invocó para la remoción de la cosa juzgada.

Adujo el apoderado de Alexander Senior Barrero la causal primera del artículo 232 que establece como motivo de revisión, que "se haya condenado o impuesto medida de seguridad a dos o más personas por un

mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas".

Quiere decir que ella es aplicable, cuando el delito no podía cometerse sino por una sola persona, o por un número menor de las que resultaron condenadas y pese a la comprobada existencia de los hechos y las circunstancias, en el fallo se condenó a personas que resultan ser ajenas al acaecer delictivo.

En el marco de esta precisa causal de revisión es necesario que, para derrumbar la intangibilidad de los fallos de instancia, resulte palpable que frente a lo materialmente realizado no pudo haber intervenido el número de personas que aparecen cobijadas con la condena debido a la naturaleza misma del hecho o, que la situación probatoria lo que acredita es que participaron menos de las que aparecen condenadas.

Cuando el fundamento de la acción radique en uno de tales supuestos, en el sustento de la alegación debe evidenciarse la situación de hecho que ponga de presente la contradicción existente entre las motivaciones de la decisión y lo declarado finalmente por el juzgador, de tal manera que pueda concluirse, sin mayor esfuerzo, que alguno o algunos de los procesados no pudieron haber participado en la comisión del ilícito.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., julio catorce (14) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Proceso No. 14098

Aprobado Acta No.103

Vistos

Resuelve: la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de revisión presentada por el defensor del procesado Alexánder Sénior Borrero, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla que lo condenó a la pena de 45 años de prisión, como autor responsable del delito de Homicidio Agravado en la persona de Osman Ruiz Morgan.

Hechos

Según informaron los investigadores judiciales, el día 2 de mayo de 1995, hacia las 19 y 30 horas, se trasladaron al Hospital Universitario de Barranquilla donde se hallaba el cadáver del señor Osman Orlando Ruiz Morgan quien, según su padre, Orlando Ruiz Herrera, se encontraba en el barrio Cordinec de esa ciudad, cuando varios sujetos trataron de despojarlo de unas prendas y luego le dispararon, muriendo en el acto.

Que según información del señor Julio Rada, el occiso se encontraba con su hija Shirley de 17 años de edad, cuando llegaron tres jóvenes, uno de los cuales desenfundó un revólver, exigiéndole a Osman que le entregara sus pertenencias, y la joven atemorizada se refugió en su residencia, al cabo de lo cual se escucharon dos disparos, quedando herido en el piso y siendo trasladado luego al Hospital Universitario con ayuda de unos vecinos.

Según consignó la Fiscalía Sexta Delegada de la Unidad de Delitos contra la Vida, al momento de calificar el mérito del sumario, "La investigación transcurrió y el día seis (6) de mayo del presente año, (1995, agregamos) el señor Wilfrido Rafael Cadena Villa se presentó ante el Fiscal de Reacción Inmediata que tenía a su cargo la instrucción de las sumarias, solicitando que quería rendir versión sobre esos hechos, al ser oído en declaración jurada manifestó que el día 2 de mayo del año que transcurre, ...él se encontraba en el barrio Los Girasoles en compañía de otros compañeros llamados Alex, el Pocho, Hernán, el Jipi, el Perica y otro joven moreno alto, con la intención de atracar un camión repartidor de leche pero se arrepintieron y él en compañía de Alex y Hernán salieron a ruletear o sea a atracar, fue cuando uno de sus compañeros dijo que fueran al Barrio Sourdis que allí había un man emprendado, fue así como se dirigieron a ese barrio y cuando vieron al señor Osman Orlando Ruiz Morgan en la residencia de Shirley Rada, Alex y Hernán lo encañonaron y él al ver que la víctima se llevaba la mano a la pretina lo tomó por los brazos y se los echó hacia atrás, momento en el cual Alex le propinó el primer disparo y al oír el disparo soltó a la víctima y corrió asustado, manifestando que Hernán también le propinó otro disparo a la víctima". (fls 45 y 46).

En esa misma decisión se dispuso compulsar copias para continuar con la instrucción en contra del Alexander Senior Borrero y Wilfrido Cadena Villa por los punibles de Hurto y Porte Ilegal de Armas y en contra de Hernán López, por los delitos de Homicidio, Hurto y Porte Ilegal de Armas.

FUNDAMENTOS DE LA REVISIÓN

Invoca el accionante la causal primera del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal para solicitar la invalidación de las decisiones proferidas en contra del señor Alexander Senior Borrero. Según él, dicha causal procede "cuando en virtud de sentencia contradictoria haya sido condenada una persona por un delito que no cometió y no existió dolo de su parte, lo cual se condenó a dos personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas".

Acto seguido, reprocha vulneración del derecho a la defensa por omisión de prueba y del *in dubio pro reo* por imprecisión de los cargos hechos al acusado, quien no logró saber por cuál de las conductas descritas se le

llamaba a responder; si era homicidio simple o agravado o era hurto solamente. "Frente a la pluralidad (sic) del condenado mi patrocinado resultará ajeno a la infracción atribuida, (sic) deficiencias ostensibles que hacen distante la demanda de las ineludibles formas que para ello precisa la ley".

Manifiesta entonces que existen dos condenados en calidad de autores materiales del delito de homicidio, ambos mediante sentencias proferidas en épocas diferentes pero de idéntica connotación y esencia y que por su homogeneidad nunca debieron encontrarse en antagónico resultado, puesto que entre las dos debe existir coherencia y sistematización.

La sentencia condenatoria proferida contra Wilfrido Cadena Villa es presupuesto procesal para el deslindado desarrollo del juzgamiento de Alexander Sênior Borrero, en la medida que aquel fallo se produce en la etapa del juzgamiento de éste y toda la fundamentación de la sentencia anticipada y la confesión son documentos proferidos en el fallo ordinario recaído sobre su representado, ya que la decisión debía contener una definición "coherente, sistemática y verosímil" sobre la materialidad de la infracción ante las innovaciones reproducidas por la sentencia anticipada.

En el acápite que titula TIPICIDAD, manifiesta que la abstracta descripción que el legislador hace de un comportamiento humano, reprochable y punible no encaja en la conducta que se investigó contra Alexander Sênior, porque no existió dolo de su parte, no ideó la idea criminosa, y en el plenario se reseñó ampliamente la realidad procesal conforme a la cual éste resultó ser víctima de una acusación malvada y sorprendido "con crueles apariencias de prueba".

Luego se refiere al aspecto de la CAUSALIDAD y al respecto explica que "Un cosindicado Wilfrido Cadena Villa acepta ser el autor y ejecutor de los disparos causantes de la muerte del occiso y tal confesión es el fundamento de la sentencia anticipada condenatoria del reo, nos parece ininteligible que se postule un nuevo ejecutor del accionamiento del arma y disparos (sic) de flagrantes".

Teniendo en cuenta que se condenó a Alexander Sênior Borrero como autor principal del homicidio agravado de Osman Ruiz Morgan con fundamento en la confesión y en la aptitud testificante, entiende el actor que esta es una verdad procesal incuestionable, "por ser legitimidad por el poder jurisdiccional y por ser precedente como columna inmovible de todo el contrato procesal".

Más adelánte considera que la sentencia ha de revisarse, no para propiciar amparo al condenado porque no es virtual para la coherencia del sistema penal colombiano tener como accionantes de un arma detonante de un gatillo de accionamiento individual, a dos personas, una que lo reconoce totalmente y la otra que siempre rechazó su intervención.

Según él, en la etapa del juicio se ventiló la inocencia de Alexander Senior Borrero contra quien no se aportó prueba innovadora para el acusador, sino que por el contrario, se registró en su favor un procedimiento derivado, alterno y concluyente que finalizó con la sentencia condenatoria y ejecutoriada, con base en la confesión de autoría única.

A juicio del accionante, Alexander Sénior Borrero no pudo ser el causante de la muerte de Osman Ruiz Morgan, puesto que él no fue quien disparó sobre su humanidad.

Comentó además que excluida la responsabilidad objetiva, la aceptación de autonomía por uno de los dos componentes del hipotético sujeto activo plural, la individualización del acto requiere del Estado la cabal precisión de la causa en cabeza del autor.

A efectos de analizar si su representado Sénior Barrero fue condenado por hechos ajenos, comenta el actor que el día 2 de mayo de 1995 éste iba paseando por el sector de Conidec, con un amigo de nombre Hernán; Osman, la víctima, al verlo quiso desenfundar un arma debido a que ya habían tenido problemas por cuestiones amorosas existidas entre él y la joven Lizeth, quien también era la novia del hoy occiso; por tal motivo, el señor Osman tomó represalias e intentó sacar el arma y el señor Hernán, acompañante de su patrocinado, al ver el gesto de la víctima, desenfundó también su arma, se van al forcejeo, sin que el señor Alexander Senior tuviera conocimiento de que este iba armado, pues nadie podía interferir en la idea criminosa de otra persona o de su actuación.

El condenado Wilfrido Cadena Villa, acepta ser la persona que cegó la vida al joven Osman, quien en un principio era presionado para incriminar a Alexander, y posteriormente reflexionó y aceptó los cargos imputados.

Resalta que en el plenario no se estableció el móvil del hecho por parte del Fiscal instructor ni de los falladores de instancia, resultando para él ilógico e inaceptable que hubiese sido el atraco, pues tanto Alexander Senior como la víctima, se conocían. Entonces, aparte de la causal invocada, también hubo violación al debido proceso, al derecho de defensa, ya que se dejaron de practicar pruebas conducentes y pertinentes al esclarecimiento de los hechos, como el reconocimiento en fila de persona para que la joven Shirley identificara al sujeto que disparó y cuya declaración tomó la Fiscalía de manera superficial; dicho testimonio nunca fue ampliado, debiendo el fallador hacerlo en la oportunidad que consagra el artículo 446 del C. de P.P.

La joven Shirley dice que nunca fue despojada de sus prendas, entonces, a su juicio, resulta inexistente insistir que el móvil fue el hurto de las mismas. En consecuencia, se observan flagrantes violaciones por imprecisión de las conductas descritas, de los cargos formulados y en especial, un desconocimiento del *in dubio pro reo*.

Finalmente solicita el accionante, que se escuche en declaración a Shirley, a los demás condenados; se oficie a la brigada a fin de determinar mediante un estudio técnico científico la procedencia del arma que sirvió de prueba en la presente investigación, se ordene al laboratorio Labicci de la Fiscalía determinen lo concerniente al proyectil, al tipo de arma, su concordancia con el arma accionada, y se solicite a las Fuerzas Militares determinar si al señor Alexander Senior se le ha expedido arma de fuego alguna.

Como petición especial solicita la libertad de su prohijado al momento de tomar la determinación que corresponda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de revisión, es un instituto jurídico que tiene por objeto corregir la injusticia en que haya podido incurrir el juzgador al imponer un fallo de condena a una persona que no debe responder por los hechos que fueron materia de juzgamiento, mediante la demostración de uno cualquiera de los motivos contemplados en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, o frente a una decisión absolutoria preclusiva o de cesación de procedimiento en los eventos de los numerales 4 y 5 de la misma disposición.

El fin primordial que orienta el ejercicio de este mecanismo de excepción, radica en la posibilidad de lograr la remoción de un fallo, a efectos de enmendar la injusticia material en que haya podido incurrir el juzgador de instancia.

Es por ello que frente a esos precisos derroteros, el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal contempla, para su admisibilidad, entre otros requisitos, la necesidad de que el actor invoque los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la acción y relacione las pruebas que aporta para demostrar los supuestos básicos de La Petición.

Un primer reparo debe hacer la Sala respecto del libelo que se sometió a consideración y es el relativo a la incoherente y desordenada presentación de sus fundamentos, así como la falta de metodología al abordar los distintos temas allí contenidos, al punto que impiden comprender el real objetivo de su postulación.

De otra parte, el actor no atendió a ninguno de los lineamientos que la ley estipula para su admisión, sino que dedicó sus argumentos a cuestionar los fallos de instancia por la forma como se resolvió el asunto, intentando presentar nuevas hipótesis y proclamando un desconocimiento al derecho de defensa de su patrocinado, olvidando demostrar la real configuración de la causal que invocó para la remoción de la cosa juzgada.

Adujo el apoderado de Alexander Senior Borrero la causal primera del artículo 232 que establece como motivo de revisión, que "se haya condena-

do o impuesto medida de seguridad a dos o más personas por un mismo delito que no hubiese podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas".

Quiere decir que ella es aplicable, cuando el delito no podía cometerse sino por una sola persona, o por un número menor de las que resultaron condenadas y pese a la comprobada existencia de los hechos y las circunstancias, en el fallo se condenó a personas que resultan ser ajenas al acaecer delictivo.

En el marco de esta precisa causal de revisión es necesario que, para derrumbar la intangibilidad de los fallos de instancia, resulte palpable que frente a lo materialmente realizado no pudo haber intervenido el número de personas que aparecen cobijadas con la condena debido a la naturaleza misma del hecho o, que la situación probatoria lo que acredita es que participaron menos de las que aparecen condenadas.

Cuando el fundamento de la acción radique en uno de tales supuestos, en el sustento de la alegación debe evidenciarse la situación de hecho que ponga de presente la contradicción existente entre las motivaciones de la decisión y lo declarado finalmente por el juzgador, de tal manera que pueda concluirse, sin mayor esfuerzo, que alguno o algunos de los procesados no pudieron haber participado en la comisión del ilícito.

El libelista, antes de demostrar que en virtud de los hechos probados su representado no pudo haber participado en el desenvolvimiento de los mismos, se dedicó a presentar una visión distinta, la suya personal, del acaecer delictivo, cuando en esta acción no es dable enfrentar el criterio del fallador en el análisis probatorio, ni postular de manera indiscriminada situaciones con las cuales se muestra en desacuerdo, pues no se trata de una tercera instancia en la que la Corte esté facultada para analizar la legalidad de cada una de las actuaciones contenidas en el proceso.

Del contenido de los fallos de instancia, que para su cotejo con la demanda es menester allegarlos con ésta, resulta evidente que Alexander Senior Borrero fue condenado como coautor del delito de homicidio agravado, con base en los siguientes indicios y pruebas:

"Encontramos el indicio de presencia u oportunidad, toda vez que el acusado se encontraba en el sitio donde ocurrieron los hechos en el momento en que este se realizaba. Alexander Senior acepta esto, aunque niega haber sido él quien disparó e inculpa a un Hernán quien supuestamente era quien se encontraba forcejeando con la víctima. A su turno Wilfrido Cadena, acepta haber estado allí pero inculpa de los disparos a Alexander Senior y a Hernán"

(...)

Si se analiza una a una las versiones que registra el expediente, una a una las pruebas, las declaraciones, observamos que, la joven Shirley de Jesús Ruda Acosta, se refiere a tres sujetos que atacan a Osman Ruiz, y quiénes son estos tres? Indiscutiblemente que se trata de Hernán López, Wilfrido Cadena Villa y Alexander Sénior, y ¿qué más dice esta declarante? Que todos tres se fueron sobre él. Esto nos demuestra que los tres necesariamente son responsables del ilicito investigado. Esta declarante nos dice que dos lo atacaron y uno huyó. Habla de tres quienes están ya identificados dentro del proceso.

El señor Jaider Oscar Orejuela Pérez, al rendir indagatoria, inculpa a Alexander Sénior de haber tomado el arma que les pertenece a ellos. Que ese revólver llegó a manos de Alexander por ser de confianza de su casa, que él la cogió de debajo del colchón cinco dias antes del accidente que Alexander, Willy y Hernán mataron a Osman, que los tres fueron a hacerle un reclamo, que Alexander le dijo a Willy y a Hernán, que lo acompañaran a arreglar un problema con un muchacho que lo estaba correteando con un revólver, que cuando llegaron a hablar con el muchacho, salieron de discusión y fue donde lo mataron, que él se enteró cuando llegó del centro y le contó su familia lo sucedido. Que ellos se perdieron y él también ya que el revólver era de su casa. Esta declaración incrimina también directamente a Alexander de ser responsable de los hechos investigados, ... Además corrobora que ellos tres: Alexander, Wilfrido y Hernán son las tres (3) personas a que se refiere la testigo presencial de los hechos Shirley."

(...)

"Es decir, que a nuestro juicio, si fue Alexander Sénior quien llevaba el arma que pertenecía a Jaider Orejuela, igualmente fue él uno de los que disparó en contra de la victima. El tenía ya problemas personales con quien falleció..."

"Es que, la responsabilidad si está acreditada, dos dispararon en contra de la víctima y uno de ellos la colocaba en estado de indefensión. Esto está probado plenamente, ya que los mismos procesados lo admiten en parte dentro del proceso. Wilfrido manifestó que agarró el brazo a la victima y que los otros dispararon. Igualmente se estableció que se proponían robarle a la víctima, aunque realmente no lo hicieron.

Lo cierto es que estos procesados estaban de acuerdo en cometer unos ilicitos, pues en principio habían acordado hurtar, es decir, planeaban cometer un ilícito contra el Patrimonio Económico en la persona de Osman Ruiz.

La lectura de las piezas procesales, nos indican sin temor a equivocarnos que se trataba de miembros de una pandilla que tenían problemas con Osman Ruiz; que, estos sujetos que perpetraron el homicidio, al pare-

cer se dedican igualmente a realizar actos delictivos, en especial contra el patrimonio económico, ya que de la lectura de sus indagatorias se desprende fácilmente que es común para los mismos salir a planear estos ilícitos, como bien lo manifiestan ellos mismos. Lo que indica de manera incuestionable su predisposición para delinquir.

Incuestionablemente en este asunto, se tiene por hecho cierto o conocido, el homicidio de una persona a consecuencia de heridas producidas por arma de fuego que taponaron el corazón. Igualmente se sabe, que estas heridas las produjeron los proyectiles disparados por los procesados. E Igualmente se conoce que estos sujetos son Wilfrido Cadena Villa, quien fuera condenado precedentemente mediante sentencia anticipada, por haberse acogido a terminación anticipada del proceso, Hernán López y, Alexánder Sénior Borrero, que es quien nos ocupa actualmente". (fols. 17 y 18. Fallo 1° Grado).

Lo anterior, sugiere de manera evidente que en consonancia con el material probatorio, Alexánder Sénior Borrero, Wilfrido Cadena Villa y Hernán López, intervinieron conjuntamente en la realización del ilicito, contribuyendo a su consumación mediante la distribución del trabajo, pues mientras uno sujetaba a la víctima, los otros disparaban. Así lo declaró el Tribunal, según se desprende del siguiente aparte:

"Aquí, en el conflicto *sub examine*, se sabe que todos a la una, los tres sindicados cayeron sobre Osman Ruiz Morgan solicitándole sus joyas, así fuera que, en el fondo, la realización homicida tuviera otra motivación, y mientras uno lo sujetaba otros le dispararon, con la consecuencia mortal ya conocida también. Así lo refirió la testigo Shirley Rada, y el procesado William (Wilfrido) Cadena lo describe con pelos y señales." (fol.37).

El libelista lo que pretende, en contravía de los objetivos ya puntualizados, es hacer ver que su representado no fue el causante de la muerte del señor Osman Ruiz Morgan, porque él no fue quien disparó. Lo cual es distinto a tener que demostrar, como lo exige la causal, que no pudo haber participado en la acción delictiva porque el delito no pudo haberse realizado sino por un número menor de intervinientes. Y si lo que se quería plantear era un error de juicio al ponderar las formas de autoría o participación, sencillamente no era la revisión el camino indicado porque esa clase de debate es consustancial a las instancias y absolutamente ajeno a este tipo de acción.

Para finalizar, el accionante de manera contradictoria y enredada, esboza a lo largo de su escrito reproches por violación del derecho a la defensa por omisión de prueba, desconocimiento del *indubio pro reo*, realiza leves e incomprensibles comentarios acerca de temas como la tipicidad, la causalidad, etc., los cuales, como ha de concluirse, resultan totalmente ajenos a los fines de esta acción de revisión y sólo serían susceptibles de plantearlos en el ámbito del recurso extraordinario de casación.

Tampoco es ésta la instancia propicia para cuestionar la legalidad del fallo, sino para examinar, al amparo de las precisas causales consagradas por la ley, la posibilidad de remover la cosa juzgada y obtener que el juzgamiento se rehaga ante el conocimiento de una decisión injusta o yerro judicial.

En estas condiciones, lo procedente es rechazar *in límine* la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. Reconocer al Doctor Wilman Rodríguez Cervera como apoderado de Alexánder Sénior Borrero, en los términos y para los fines del poder conferido.

2. Rechazar *in límine* la demanda de revisión, presentada a nombre del mencionado sentenciado, conforme a lo expuesto en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, (No firmó); Jorge Aníbal Gómez Gallego, (No firmó); Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Requisitos

Siendo la acción de revisión como reiteradamente lo ha sostenido esta Sala, esencialmente probatoria, a través de la cual se pretende dejar sin sustento la firmeza de la cosa juzgada, es condición ineludible para su admisión, que esta se adecúe a las exigencias normativas del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, con la indicación precisa de la causal que se invoca y de los fundamentos de hecho y de derecho que la viabilizan, debiendo aportar el actor las pruebas demostrativas de los hechos básicos de la petición, de tal manera que todos ellos constituyan una proposición lógica que confrontada con las estimaciones probatorias, fácticas y legales de la sentencia que se pretende revisar demuestren la procedencia del fallo rescindente.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D. C. catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Proceso No. 14472

Aprobado Acta No. 103

VISTOS

Se Pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de Revisión presentada mediante apoderado por el procesado Belisario Betancourt Giraldo, quien fuera condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santiago de Cali, a la pena principal de 27 años de prisión como autor de los delitos de Homicidio y Porte Ilegal de Armas según sentencia del 10 de octubre de 1995, que fuera confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, en pronunciamiento del 26 de enero de 1996, y ahora en firme.

ANTECEDENTES

1. El 6 de febrero de 1995 a eso de las 00:30 horas, en inmediaciones de la discoteca "Cascanueces" ubicada en la carrera 71 con calle 76 barrio Alfonso López de la ciudad de Santiago de Cali, fue muerto en forma violenta Anderson Fernández Caldono, al recibir varios impactos de arma de

fuego por parte de Belisario Betancourt Giraldo, quien accionó un arma, la que portaba sin autorización legal.

Por estos hechos, Betancourt Giraldo fue condenado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santiago de Cali, a la pena principal de 27 años de prisión, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de cinco años, como autor de los delitos de Homicidio y Porte ilegal de Armas; decisión que fuera confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, por lo que a la fecha se encuentra purgando y descontando pena.

2. En firme la condena, el procesado le ha conferido poder especial al abogado José Gerardo Atehortúa Cruz a fin de que lo represente dentro de la presente acción de revisión, mandato que por hallarse debidamente presentado, conducirá al reconocimiento de la personería adjetiva.

La Demanda

1. La acción de revisión se promueve al amparo de la causal 3ª del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, esto es, bajo el entendido de que con posterioridad a la sentencia surgieron hechos y pruebas nuevos no conocidos al tiempo de los debates, y que establecen la inocencia del procesado.

Como fundamentos fácticos y luego de hacer una presentación del devenir del proceso adelantado contra Belisario Betancourt Giraldo y de los pronunciamientos de las instancias sentenciadoras, expone que estas autoridades incurrieron en ostensible error que recae en la identificación del victimario, yerro que empezó a generarse a partir de la declaración rendida por el agente de la Policía Nacional William Valencilla Notiveño en la que manifiesta, haciendo referencia a los testigos Eliécer Antonio Molano y Jorge Eliécer Molano, que el autor del homicidio de Anderson Fernández Caldono fue el procesado, quien en el momento de su captura estaba vestido con jean azul, tenis blancos, camisa a rayas y una gorra negra.

Así presenta la declaración de Eliécer Antonio Molano Solarte, con la manifestación de que el autor del hecho es un individuo apodado "La Guala", quien para la fecha de los hechos vestía pantalón color habano o blanco y una gorra con el fondo negro y el frente no precisa si era de color azul o verde, en tanto que la declaración de Jorge Eliécer Molano le atribuye el hecho al individuo apodado "Caremango".

De otra parte, toma las declaraciones rendidas por Alberto Antonio Garcés Morales y Heyder Alonso Monsalve Trejos para puntualizar que en el desarrollo de los hechos el administrador de la fuente de soda "Cascanueces" Belisario Betancourt Giraldo no salió de su lugar de trabajo, imputando el injusto a los allas "La Guala" o "Caremango".

Con estas precisiones, y luego de aducir algunas actividades desarrolladas por la señora María Del Socorro Giraldo Toro -,madre del procesado- concreta que el sujeto apodado "La Guala o Gualín" es Jairo Antonio López Galeano, y por lo tanto es el autor del homicidio perpetrado en Anderson Fernández Caldono y no su representado, confusión que no pudieron superar los funcionarios de instancia al proferir las sentencias adversas a Belisario Betancourt Giraldo y que aspira aclarar con la prueba aportada en apoyo de la acción de revisión.

Fundamenta legalmente esta acción en el Libro I, Título IV, Capítulo IX, artículos 232 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

Dentro del ámbito probatorio de esta acción de revisión, presenta el libelista las declaraciones extraproceso rendidas por Alberto Antonio Garcés M, -quien según el libelo declaró en el proceso-, Jaime de Jesús Restrepo y Raúl Ernesto Duque Vélez, ante la Notaría Doce del Círculo Notarial de Santiago de Cali, quienes de manera uniforme exponen por el conocimiento personal que tienen de Belisario Betancourt Giraldo y de Jairo Antonio López Galeano alias "La Guala", que son dos personas distintas y la circunstancia especial de que el apodo "La Guala "siempre ha correspondido a López Galeano y no al procesado. Se debe destacar que el declarante extraproceso Alberto Antonio Garcés no conoce a Jairo Antonio López Galeano, pero que en no menos de tres oportunidades cuando asistía a la fuente de soda "Cascanueces" pudo darse cuenta que a quien llaman "La Guala" es persona distinta de Belisario Betancourt.

Para consolidar la prueba presenta fotocopias de actuaciones policivas, como la captura de Jairo Antonio López Galeano alias "La Guala" a quien se le sindica por el homicidio de Jorge Eliécer Molano Montoya o Eliécer Antonio Molano Montoya. Oficio del Juzgado 18 Penal del Circuito de Cali dirigido al Director Seccional de Fiscalías de esa ciudad en el que informa sobre la solicitud de protección que elevara la señora María Del Socorro Giraldo Toro por amenazas recibidas por haber señalado a Jairo Antonio López como homicida de Anderson Fernández Caldono, finalmente fotocopias del periódico "El Caleño" que publica en su columna judicial el hecho, y escrito de la señora madre del procesado dirigido al Presidente de La República, para concluir que el autor del hecho que segó la vida de Anderson Fernández Caldono fue Jairo Antonio López Galeano a quien se le conoce con el sobrenombre de "La Guala" y no su defendido, como quedara finalmente registrado en el pronunciamiento del Juzgado Segundo Penal del Circuito y en la providencia confirmatoria proferida por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial.

Consideraciones de la Sala

Siendo la acción de revisión como reiteradamente lo ha sostenido esta Sala, esencialmente probatoria, a través de la cual se pretende dejar sin

sustento la firmeza de la cosa juzgada, es condición includible para su admisión, que esta se adecúe a las exigencias normativas del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, con la indicación precisa de la causal que se invoca y de los fundamentos de hecho y de derecho que la viabilizan, debiendo aportar el actor las pruebas demostrativas de los hechos básicos de la petición, de tal manera que todos ellos constituyan una proposición lógica que confrontada con las estimaciones probatorias, fácticas y legales de la sentencia que se pretende revisar demuestren la procedencia del juicio rescindente.

En el caso presente el libelista formaliza la acción sobre la causal tercera de revisión, bajo el supuesto de asomar hechos nuevos posteriores a la sentencia de condena y que respalda el accionante en tres testimonios que niegan la autoría de Belisario Betancourt en el homicidio en que perdiera la vida el joven Anderson Fernández Caldono y la difieren en cabeza de Jairo Antonio López alias "La Guala". Los testimonios venidos en apoyo de la acción de manera unívoca y precisa determinan las identidades de Belisario y Jairo Antonio para deducir en forma armónica que quien lleva el mote de "La Guala" es Jairo Antonio López Galeano y no Belisario Betancourt Giraldo.

Pero de lo que la prueba traída se infiere es el no acatamiento de los requisitos formales de la demanda en condiciones que la hacen de imposible admisión en esta sede. Como primer aspecto que se opone a la aspiración del demandante, se observa que las declaraciones allegadas se limitan a ubicar un apodo en la titularidad de otra persona, aspecto que prolijamente había sido formulado y debatido por los Juzgadores al rechazar el argumento propuesto por la defensa. Ello indica que por haber sido ya analizada y desestimada tal hipótesis, lejos está el replanteamiento propuesto de constituirse en hecho nuevo, tratándose a lo sumo de la invocación extemporánea de medios encaminados a fortificar un supuesto oportunamente controvertido, con lo que el actor pretende impropia e infructuosamente desatender que la oportunidad de ese debate precluyó con la superación de las instancias.

Sumado a lo anterior, se tiene que en lugar de aportar pruebas determinantes de la decisión que pide y consecuente con la causal invocada, conduce su demanda a demostrar una confusión acerca de la verdadera identidad del autor originada en los funcionarios de instancia, desconociendo ahora que está ante fallos ejecutoriados, que solo podrían entrar a revisarse bajo las causales taxativas y el cumplimiento estricto de las exigencias que entraña esta acción extraordinaria.

Para mejor clarificación de la inocuidad de la demanda, es pertinente recordar, sobre el texto de los fallos de instancia que se aportan, que para el Juzgado esa diferencia de persona en la que se funda ahora el demandante resultó a tal grado clara, que así la pregonó, dedicándole en la pro-

videncia a ese tema varias de las primeras páginas de la parte considerativa, dentro de las cuales afirma una y otra vez que "...a folio 9 se dice que Belisario Betancourt es apodado "Guala" y eso no es cierto porque éste último fue posteriormente identificado como Jairo Antonio López según conclusión del informe investigativo número 136 que obra al folio 171 a 177 del expediente original", añadiendo todavía que fueron varias las confusiones que en el proceso asomaron relacionadas con la identidad de Betancourt como "Guala", lo que no obstó para establecer que se trata de "dos personas diferentes que estuvieron el día de autos en el sitio donde ocurrió".

Es cierto que en la sentencia de segundo grado, por el contrario, el Tribunal volvió a tener a Betancourt como "Guala". Mas, la verdad es que por encima de esa apreciación, al referirse al autor de la infracción sostuvo inequívocamente que se trataba de Belisario Betancourt, no porque acogiese tan solo las imputaciones que se le hacían como "Guala", sino porque asumió que había prueba que lo incriminaba de manera directa e inequívoca con su nombre, apellidos y datos personales que impedían confundirlo con otra persona diferente, con mayor razón si se trataba de un procesado presente y a quien sus captores señalaban sin dubitación alguna.

Así se observa en la referencia que se hace al informe de la Policía y su ratificación, y particularmente a los testimonios rendidos por José Tobías Holguín y Julio César Escobar, de modo que al reconocerlo tanto por sus apelativos y rasgos, como por el sobrenombre de Guala, no da lugar a la confusión que ahora pretende replantearse dentro de la demanda que se examina.

Vista de esta manera anticipada la franca inidoneidad del libelo, y resultando clara la impropiedad con la que se invoca la causal 3a. de revisión del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal en ella, tendrá la Sala que inadmitir el antedicho escrito, como en efecto y sin más antesala pasará a decidirlo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. RECONOCER al doctor José Gerardo Atehortúa Cruz, como apoderado del sentenciado Belisario Betancourt Giraldo, en los términos y para los efectos que indica el memorial poder.

2. INADMITIR la demanda de revisión formulada mediante apoderado por el sentenciado Belisario Betancourt Giraldo.

3. Remítase copia de esta providencia al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santiago de Cali, para que obre en la actuación respectiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LEGALIDAD DE LA PENA

Para diferenciar el aún oficioso legítimo, constitucional y necesario ajuste de la sentencia al principio de legalidad, forzado por la ocurrencia de un error judicial, de la retasación indebida de la pena con la cual se derivaría a un incremento gravoso y constitucionalmente intolerable, en decisión reciente la Sala precisó, reiterando su indeclinable criterio unánime, que no todos los eventos de reforma en la pena:

"...reconduzcan o puedan reconducir a un problema de legalidad de la sentencia y que por esa vía, entonces, se pudiese llegar al desconocimiento de la reforma en peor. La Corte ha precisado suficientemente cuál es el contorno dentro del cual el juez puede llevar a cabo sus juicios de valor y aplicar el derecho penal. Así como los derechos fundamentales tienen un núcleo esencial intocable y una órbita de regulabilidad que depende de las decisiones políticas del legislador, también las normas de derecho punitivo tienen un marco básico dentro del cual se llevan a cabo los juicios de valoración y apreciación por parte de los jueces, y unas fronteras más allá de las cuales la judicatura no puede transitar. En materia de penas los límites máximo y mínimo, su clase, su previsión previa, su naturaleza principal o accesoria, son impermeables aún frente a la pretendida autonomía del juez o a disposiciones como la proscripción de la reforma en peor. No es pues un concepto de "legalidad" entendido como sinónimo de "ley sustancial", sino a la luz de un significado más hondo en tanto concibe la "legalidad" como principio, es decir, en su función límite e impenetrable para el aplicador de la ley." (sent. oct. 28 1997 Rad. 9791).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Proceso No. 11406

Aprobado por Acta No.104

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor público de Oscar Leopoldo Mejía Buriticá, contra la sentencia

de julio 25 de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales condenó a dicho procesado y a John Jairo Parra Mejía a 25 años de prisión por el delito de homicidio en Samir Giovanni Jaramillo Rincón.

ANTECEDENTES

1. Pasada la media noche del 7 de marzo de 1993 Oscar Leopoldo Mejía Buriticá y Samir Giovanni Jaramillo Rincón se agredieron recíprocamente en un establecimiento de la carrera 4a. con calle 27 de Ibagué. Levemente lesionados ambos. Mejía Buriticá abandonó el sitio de estos hechos y aproximadamente a los quince minutos regresó acompañado de su primo Jhon Jairo Parra Mejía. La riña se reactivó entre los dos referidos contendores y de golpe Mejía Buriticá le dijo a su pariente que disparara contra Jaramillo Rincón; Parra Mejía acató esa orden, disparó y mató a Jaramillo Rincón.

Como a los 5 meses Mejía Buriticá se presentó a la Fiscalía de Chinchiná (Departamento de Caldas), pues se enteró de que en ese municipio estaba detenido su primo Parra Mejía, sindicado de haber participado en un hurto que se cometió en un bus intermunicipal que cumplía el trayecto Armenia-Medellín, el 28 de marzo de 1993.

2. En dicho proceso por el delito de hurto la Fiscalía 37 de Chinchiná, por medio de resolución de agosto 6 de 1993 (fol. 107 cdno. Nro. 2) acusó a Parra Mejía por este delito contra el patrimonio económico y por porte ilegal de armas de defensa personal, y en febrero 16 de 1994 el Juzgado Penal del Circuito de Chinchiná celebró audiencia pública (fol. 269).

- En cuanto al homicidio, en sus indagatorias Mejía Buriticá dijo (fol. 165) que era golpeado con una piedra por Jaramillo Rincón, cuando oyó un disparo que impactó a su agresor. Parra Mejía, por su parte, afirmó que como vio a su pariente en peligro, se asustó, y el arma se le disparó accidentalmente (fol. 101).

- Decidida la detención preventiva, los sindicados fueron acusados por el delito de homicidio, según resolución de noviembre 16 de 1993 proferida por la Fiscalía 5a. de Vida (fol. 268 cdno. No. 2), Mejía Buriticá como determinador y Parra Mejía como ejecutor.

Dicha acusación pasó al Juzgado 4° Penal del Circuito de Ibagué.

3. Mediante auto de febrero 22 de 1994 (fol. 288 cdno. 2) el Juzgado Penal del Circuito de Chinchiná acumuló las referidas causas, realizó audiencia pública (fol. 465 cdno. 1) y dictó sentencia de septiembre 19 de 1994 (fol. 489), por medio de la cual absolvió a Parra Mejía del porte ilegal de armas, condenándolo por los demás delitos (homicidio y hurto) a 17 años y 4 meses de prisión. A Mejía Buriticá le impuso la pena de 16 años y 8 meses de prisión. A ambos procesados les reconoció la confesión (art. 299 C.P.P.) y con base en ésta les hizo la rebaja de pena correspondiente.

Los procesados y su defensor apelaron dicho fallo (fols. 524 y ss.) y el Tribunal, mediante el suyo impugnado extraordinariamente por el defensor público de Mejía Buriticá (fol. 554), revocó la condena a Parra Mejía por el delito de hurto y confirmó para ambos acusados la proferida por el delito de homicidio, pero incrementó la pena a 25 años de prisión, toda vez que consideró "ilegal" la rebaja que de la misma hizo el Juzgado por confesión, concluyendo que ésta no existió.

La Demanda

Cargo único

Lo hace el casacionista al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero (art. 220 C.P.P.) y afirma que se dejó de aplicar el artículo 299 del Código de Procedimiento Penal, el cual consagra una rebaja de pena por confesión, la cual le fue concedida por el sentenciador de primera instancia, pero revocada por el Tribunal con violación de los artículos 31 de la Carta Política y 17 "de la ley procesal" (fol. 650 cdno. Tribunal), ya que la apelación contra dicho fallo fue interpuesta exclusivamente "por los procesados junto con su defensor" (fol. cit).

Anota que para decidir de tal modo el Tribunal consideró "la ilegalidad de la rebaja" y se apoyó para el efecto en el proveído de julio 29 de 1992, del cual fue ponente en esta Sala de Casación el Magistrado Dídimo Páez Velandia, criterio que, en pensamiento del casacionista, "fue recogido" (fol. 651) por esta misma Sala "desde el 26 de enero de este año", con ponencia del Magistrado Guillermo Duque Ruiz.

Así, pues, solicita a la Corte casar parcialmente la sentencia recurrida y dejar en firme la referida sentencia del Juez Penal del Circuito de Chinchiná (fol. 652).

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa que si bien es evidente que el procesado Oscar Leopoldo Mejía Buriticá no confesó, ya que no observa allí "una autoincriminación" (fol. 8 concepto) con respecto al homicidio en Samir Giovanni Jaramillo Rincón, además de que también resulta ostensible que dicho delito fue cometido en flagrancia, ya que fue observado por varias personas que luego declararon en el proceso (fol. 9); y de acuerdo con la Corte Constitucional (Sentencia SU-327 de julio de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz).

En consecuencia, pide a la Sala casar el fallo atacado y "dictar la sentencia de remplazo (artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal), en la que se fije la sanción en el término señalado por el Juez de primera instancia, a los procesados Jhon Jairo Parra Mejía y Oscar Leopoldo Mejía Buriticá" (fol. 12).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1.-El cargo único de la demanda acusa el fallo de segundo grado por violación del artículo 31 constitucional, en cuanto en su parte pertinente consagra el principio de la *no reformatio in pejus* en los siguientes términos:

"... El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único"

2. Cotejando los términos de la sentencia del Juzgado con la del Tribunal, y tras reconocer conforme queda dicho que efectivamente los únicos recurrentes de aquella providencia fueron los procesados y sus defensores, no resulta difícil advertir que el *ad quem* agravó la situación de los acusados, pues en el caso de Parra Mejía revocó la absolución que se le había otorgado por el delito de hurto, y a éste como al co-acusado Leopoldo Mejía les incrementó la pena a 25 años de prisión, luego de considerar ilegal la rebaja que hiciera el Juzgado reconociendo una confesión inexistente.

3. La Corte, sin desconocer, como en detalle lo pone de presente el Ministerio Público, la improcedencia de la rebaja concedida por el Juzgado con fundamento en una confesión que verdaderamente no se había presentado, admitirá a cambio que la razón está del lado del casacionista, por cuanto el Tribunal no estaba facultado para modificar peyorativamente la situación de los procesados apelantes, así en otros aspectos su determinación les favoreciera, como ocurrió en el caso de la revocación de la condena por hurto respecto de Parra Mejía.

Sobre el particular conviene recordar que mientras la confesión constituye una aceptación de cargos que a la vez redunda en el soporte de una decisión adversa a quien la rinde, como facilita el perfeccionamiento de la instrucción, reduciendo los esfuerzos del Estado para la demostración de la responsabilidad del acusado, la versión rendida por los implicados no podía considerarse como tal. Así:

"En la indagatoria de Oscar Leopoldo Mejía (dice certeramente el Delegado) no se observa, en efecto, una autoincriminación en el resultado muerte sobre el occiso Samir Jaramillo, ni siquiera a título de participación .Su versión se limita a narrar los hechos en que se enfrentaron los protagonistas, advirtiendo que cuando se vio atacado por Samir Jaramillo, quien portaba una piedra y lo tenía tendido en el suelo, invocó la ayuda de su primo Jhon Jairo Parra Mejía, y segundos después escuchó una detonación proveniente del arma que portaba su auxiliador; planteando de esta manera una circunstancia de antijuridicidad..."

Y no era otra la postura asumida por Parra Mejía cuando en su intervención procesal (folio 180 y siguientes) pese admitir que era el autor del disparo, entró a añadir que la detonación fue accidental y motivada por la agresión de la que era víctima su primo Leopoldo.

Pero además, y oponiéndose al reconocimiento de la confesión como diminuente, certeramente precisa el Procurador que aquí se trató de un "... delito flagrante, en tanto que fue observado por diversas personas en el acto mismo de su ejecución, y a quienes prima facie, *resultaba constitutivo de un delito, con plena identificación de su autor."*

Pese a ello, el Juzgado reconoció en las versiones dadas por los coprocesados Mejía Buriticá y Parra Mejía una admisión de cargos constitutiva de colaboración eficaz, y como consecuencia redujo la sanción a cada uno de los implicados para dejarla en 16 años y 8 meses (la de Parra quedó un poco superior -17 años y 4 meses en razón del hurto, luego excluido en segunda instancia-).

Luego, cuando el Tribunal optó por modificar esta determinación e incrementar la pena por el delito de homicidio a 25 años, lejos de limitarse a actualizar el principio de legalidad del delito y de la pena, lo que en realidad verificó fue una relasación de la sanción, no autorizada, en la medida en que con ella desconocía el principio constitucional impuesto en el artículo 31 superior, y desarrollado por el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal.

Sobre este particular y para diferenciar el aún oficioso legítimo, constitucional y necesario ajuste de la sentencia al principio de legalidad, forzado por la ocurrencia de un error judicial, de la relasación indebida de la pena con la cual se derivaría a un incremento gravoso y constitucionalmente intolerable, en decisión reciente la Sala precisó, reiterando su indeclinable criterio unánime, que no todos los eventos de reforma en la pena:

"...reconduzcan o puedan reconducir a un problema de legalidad de la sentencia y que por esa vía, entonces, se pudiese llegar al desconocimiento de la reforma en peor. La Corte ha precisado suficientemente cuál es el contorno dentro del cual el juez puede llevar a cabo sus juicios de valor y aplicar el derecho penal. Así como los derechos fundamentales tienen un núcleo esencial intocable y una órbita de regulabilidad que depende de las decisiones políticas del legislador, también las normas de derecho punitivo tienen un marco básico dentro del cual se llevan a cabo los juicios de valoración y apreciación por parte de los jueces, y unas fronteras más allá de las cuales la judicatura no puede transitar. En materia de penas los límites máximo y mínimo, su clase, su previsión previa, su naturaleza principal o accesoria, son impermeables aún frente a la preterulida autonomía del juez o a disposiciones como la proscripción de la reforma en peor. No es pues un concepto de "legalidad" entendido como sinónimo de "ley sustancial", sino a la luz de un significado más lozado en tanto concibe la "legalidad" como principio, es decir, en su función límite e impenetrable para el aplicador de la ley."(sent.oct.28 1997 Rad. 9791)

Para el caso presente, es evidente que la intervención del Tribunal no ocurrió para hacer valer los límites objetivos legales de la pena desborda-

dos por el juzgador, tampoco para aplicar una pena principal o accesoria gratuita o arbitrariamente omitida, sino para revalorar las pruebas con miras a excluir una diminuente.

Al proceder de tal manera, no limitó el ajuste a una confrontación meramente legal entre la pena aplicable y la ajustada, sino que ingresó a un replanteamiento en el análisis de los medios probatorios y los criterios sobre su alcance en el caso concreto de la realidad abrigada dentro del expediente, que para el fin de incrementar la pena, o lo que es lo mismo, de excluir una diminuente, solo podía alcanzar mediando la impugnación de otro sujeto procesal, con interés para interponer en tal sentido el recurso de instancia.

No sucediendo ello así, es innegable el exceso en la intervención del Juzgador *ad quem*, en contravía del precepto 31 constitucional, lo que al constituir aquella violación directa invocada por el casacionista, redundará en la casación del fallo recurrido, tanto en el caso del recurrente extraordinario, como de quien no hizo uso de esa impugnación, pues por virtud del artículo 243 del Código de Procedimiento Penal "La decisión del recurso de casación ... se extenderá a los no recurrentes ... según el caso.", lo que conducirá de regreso a la sanción impuesta en la primera instancia, en lo que no debió modificarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida, en cuanto agrava la pena principal impuesta a los procesados por el delito de homicidio. En consecuencia se impone como definitiva a cada uno de los acusados Oscar Leopoldo Mejía Buritica y Jhon Jairo Parra Mejía la pena principal de 16 años y 8 meses de prisión como responsables del delito de homicidio por el cual fueran juzgados dentro del presente asunto.

Queda en lo demás inmodificada la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ATIPICIDAD/ ANTIJURIDICIDAD/ PECULADO POR APROPIACION

En la teoría finalista la ausencia de dolo genera atipicidad, y la falta de conciencia de la antijuridicidad de la conducta inculpabilidad, de manera que no tiene cabida pensar en la posibilidad de que se estuviera refiriendo a esa orientación. Y de todas maneras, alegar simultáneamente ausencia de dolo y de antijuridicidad es contradictorio.

La mención que hace el a quo del artículo 665 no es para efectuar la tipificación de su conducta, sino para responder la propuesta de que se aplique el peculado por uso en lugar del de apropiación, de manera que el hecho de que esa disposición haya desaparecido del ordenamiento jurídico en nada afecta la vigencia y aplicación de la norma penal.

El texto del artículo 665 es el siguiente:

"Responsabilidad penal por no consignar las retenciones. Los retenedores que no consignen las sumas retenidas, quedan sometidos a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los empleados públicos que incurran en apropiación indebida de fondos del tesoro público.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de las obligaciones. Para tal efecto, las empresas deberán informar a la respectiva Administración o Recaudación la identidad de la persona que tiene la autonomía suficiente para realizar tal encargo. De no hacerlo, las sanciones recaerán sobre el representante legal de la entidad. En la información debe constar la aceptación del empleado señalado."

Claramente se ve que lo que se quiso hacer con esta disposición fue tipificar como punible la simple no consignación de las sumas retenidas, pero la Corte Constitucional estimó que el Presidente "excedió el límite material fijado en el numeral 5 del artículo 90 de la Ley 75 de 1986, que lo facultaba para modificar el texto de las disposiciones,

eliminar las normas repetidas o derogadas, 'sin que en ningún caso se altere su contenido' ". Así las cosas, la inexequibilidad deja por fuera del orden jurídico la norma, y con ella el precepto que allí se creaba, pero es un error darle el alcance que le da el Ministerio Público, pues entiende que también desaparece el peculado por apropiación para los retenedores que cumpliendo con esa función pública que les encarga la ley, se apoderan de los dineros recibidos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., Julio quince de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 11290

Aprobado Acta No. 104

VISTOS

Resuelve: la Sala sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Fabio Arce Luna, contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa misma ciudad, que condenó al aquí recurrente a la pena principal de tres años de prisión y multa de quince mil pesos, como autor responsable del delito de peculado por apropiación, en concurso homogéneo y sucesivo.

I. HECHOS

El Procurador Delegado los resume así:

"El señor Fabio Arce Luna se desempeñó como Notario Segundo del Circuito de Neiva desde el año de 1980 hasta el año de 1992. Dentro de las funciones que cumplía, actuaba como retenedor de impuestos, los cuales debía consignar en un principio en la oficina de la Administración de Impuestos y posteriormente en las entidades Bancarias, obligación que dejó de cumplir durante 26 meses en los años de 1988, 1989, 1990 y 1991, generando obligaciones por ese concepto, en suma que ascendió a sesenta millones ciento noventa y tres mil ciento cinco pesos.

"Como consecuencia de visitas de inspección realizadas por la Administración de Impuestos, se conoció de la situación y se llegó a un arreglo de pago por las sumas dejadas de consignar y se hizo la deducción de algunas consignaciones en cantidades menores realizadas por el señor Arce, como abonos a los intereses. La deuda se concretó en la suma de cuarenta y seis millones seiscientos sesenta y cinco mil seiscientos setenta y un pesos.

"Esta anomalía se había presentado con anterioridad, en los años de 1986 y 1987, razón por la cual se inició una investigación penal en los Juzgados de Instrucción de Neiva, pero se terminó con auto inhibitorio. En esta

ocasión el hecho se puso en conocimiento de la justicia, por configurarse con la actuación, un presunto delito de peculado por apropiación".

II. Actuación Procesal

El Administrador de Impuestos Nacionales de Neiva formuló denuncia penal contra Fabio Arce Luna, quien se desempeñaba como Notario Segundo de Neiva. El Juzgado 24 de Instrucción Criminal adelantó la indagación preliminar y posteriormente el Juzgado 13 de Instrucción Criminal ordenó la apertura formal de la investigación.

Oído en indagatoria el acusado Arce Luna, se le resolvió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación.

Se practicaron numerosas pruebas y con el objeto de obtener la libertad provisional se reintegró la totalidad de lo adeudado a la Administración de Impuestos Nacionales.

Cerrada la investigación, el Juzgado Instructor calificó el mérito del sumario en providencia de fecha enero 23 de 1992, con resolución de acusación contra el implicado como autor del delito de peculado por apropiación en concurso homogéneo y sucesivo.

Le correspondió adelantar la etapa del juicio al Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva, despacho que luego de celebrada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria contra el procesado Fabio Arce Luna, imponiéndole la pena principal de tres años de prisión y quince mil pesos de multa, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, como responsable de los punibles por los cuales fue encausado.

Interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por parte del procesado y su defensor, el Tribunal Superior la confirmó.

III. La Demanda

El cargo único formulado es del siguiente tenor: "Se acusa la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Neiva por ser violatoria de ley sustancial al dejar de aplicar las normas atinentes a la exclusión de antijuridicidad (art. 29 del C.P.) y del dolo (art. 36) por ausencia de conciencia de antijuridicidad, en lo cual se ha incurrido por un defecto de adecuación social de los hechos por errada apreciación probatoria".

El demandante inicia la fundamentación del cargo con la indicación de una de las consideraciones del Tribunal sobre la forma como el procesado pudo haber manejado la situación de crisis por la que atravesaba, para

indicar que el sentenciador desconoce la prueba testimonial que señala que Arce Luna se colocó al borde de la ruina económica, y enuncia las declaraciones rendidas por varias personas al respecto.

Estima que "el yerro de adecuación por deficiente apreciación de la prueba en que incurrió el ad quem, se enmarca dentro de la exigencia y reproche que le formula al sindicado de haber tenido que venderlo todo sin tener que enviar a su hijo fuera de Colombia en busca de su curación". Esto constituye para la defensa una indebida sustitución del Tribunal de las condiciones reales que afectaban la vida y la psiquis de Fabio Arce. "En efecto, no hubiera sido efectivo el esfuerzo de salvamento si no hubiera mantenido su condición social en el límite en que se colocó".

Si el procesado se hubiera arruinado antes de cualquier otra conducta, perdía la "infraestructura social, que le permitía sobrevivir en las dificultades. Su vida en el club con sus amigos, conservar su vehículo y su puesto, eran las condiciones propicias para facilitar los préstamos y los gastos, superiores a sus ingresos que tenía que hacer.".

Si se observa la conducta de adelante hacia atrás, desde la perspectiva del juzgador es posible pensar que el acusado se equivocó, pero el momento de Arce no era de claridad mental, era de ansiedad extrema, de stress agudo y severo, tal y como lo señalaron los médicos, en prueba que fue desestimada. Por lo mismo, presa de la desesperación, con desilusión por las terapias realizadas en Colombia sin resultados, y ante la posibilidad de enviarlo a Israel, un padre de familia no tiene alternativa, no se le puede exigir otra conducta como si lo hace el Tribunal, desconociendo esas circunstancias, que de haberlas tenido en cuenta, de manera adecuada, habría concluido que Arce Luna prefirió su deber de padre, lo cumplió a cabalidad y desarrolló una conducta conforme a la ley, pues actuó en estricto cumplimiento de un deber.

Se condenó al reo porque según el *a quo* y el *ad quem*, en Colombia se puede curar al drogadicto, esto es un juicio hipotético de suposición que desplaza el caudal probatorio existente en el proceso, y por ello, se desconoció que el conflicto de deberes en que estuvo colocado Arce Luna, en las condiciones reales que lo afectaban, no tuvo conciencia de antijuridicidad de un peculado, sino conciencia de juridicidad al cumplir con el elemental deber filial.

El proceso de adecuación social implica que el juzgador comprenda la situación del ser humano colocado en las específicas condiciones que han sido demostradas y si ello revela que el sindicado cumplía un deber, sacrificando otro de menor rango, actuó conforme a la ley.

El juzgador de segunda instancia disminuyó el ámbito probatorio y le restó el alcance que la prueba tiene para facilitar una mejor adecuación social de los hechos ante la ley, cuyo aparte dedicado a la antijuridicidad

está consagrado como una forma de resolver los conflictos. Ese es el sentido de las causales de antijuridicidad. Si el Tribunal hubiera dado el alcance que la prueba tiene, la sentencia sería distinta.

Si se actuó conforme a la ley, la sentencia debe ser absolutoria, y por ello solicita a la Corte que se case la providencia acusada.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal inicialmente se refiere al aspecto técnico de la demanda, para hacerle los siguientes reparos que imponen su rechazo:

El memorialista aduce falta de aplicación de las normas relativas a la justificación de la conducta (art. 29 C.P.) y al dolo (art. 36 *ibidem*) a consecuencia de una errada apreciación probatoria, planteamiento que tiene implícita la inconformidad del recurrente respecto de la justificación de la conducta, pero a un mismo tiempo, persigue que la absolución se fundamente en la ausencia de dolo, vale decir, que acepta la antijuridicidad del comportamiento (por ello propone la "ausencia de la antijuridicidad") y simultáneamente la niega (ésta la razón para solicitar la aplicación de una causal de justificación).

Además, afirma que el error provino de una "errada apreciación probatoria" (falso juicio de convicción o falso juicio de identidad?), más al tratar de concretar el cargo, aduce que el Tribunal "desconoce la prueba testimonial aportada", con lo cual hace explícita la formulación de un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, que no se ocupa de desarrollar.

En su afán de lograr la ruptura del fallo, no precisa cuáles son las normas quebrantadas por el Tribunal y habla indiscriminadamente de una errada percepción de la situación de parte del acusado, de una colisión de deberes, y de la prevalencia del derecho del padre a la protección de los bienes jurídicos de su familia, todo ello sobre la base de que no se examinaron las condiciones que harían socialmente adecuada la conducta, sin presentar los argumentos con los que el planteamiento sería de recibo dentro de la ley colombiana y en qué forma se produjo la violación de la ley sustancial.

Toda la argumentación del censor está dirigida a señalar la forma como el Tribunal debió apreciar la prueba existente de acuerdo a los intereses de la defensa, sin demostrar yerro alguno de apreciación probatoria. Con argumentos humanitarios, el censor pretende conmover los sentimientos de la Corte, sin concretar cargo alguno y sin demostrar de qué manera el Tribunal dejó de apreciar lo dicho por los testigos indicados.

Con estas deficiencias técnicas no puede entrar la Corte a analizar la inconformidad del recurrente.

Casación oficiosa.

Para la Delegada la conducta desplegada por Fabio Arce Luna es atípica, y por tanto existe una causal de anulación oficiosa y total de la sentencia de segunda instancia, en razón a que al condenarlo por un comportamiento que no encuadra en ninguno de los tipos penales vigentes se violó el principio de legalidad de los delitos.

Los hechos por los cuales se dictó sentencia fueron adecuados al tipo penal de peculado, para lo cual se tomaron en cuenta diversas normas del estatuto tributario (Decreto 624 de 1989) entre las cuales tuvo particular importancia el artículo 665.

Luego de la pertinente cita del artículo 133 del C.P. y de un concepto emitido por la Dirección General de Impuestos Nacionales, razonó el Tribunal sobre la calidad de agente retenedor del acusado y su conducta, para considerar que tal comportamiento se adecua al tipo penal de peculado por apropiación, apreciaciones que son equivocadas y determinantes de la sentencia condenatoria, con claro desconocimiento del principio de legalidad de los delitos, pues las obligaciones tributarias, en el marco legal vigente, no pueden entenderse como apropiación indebida de fondos del tesoro público. Así lo entendió la Delegada en anterior concepto (Rad. No.10.399, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, enero 29 de 1996), en el que examinó una situación similar, opinión en la que se concluyó que el incumplimiento de la obligación de consignar el dinero recaudado por retención en la fuente, no puede considerarse como apropiación indebida de bienes estatales, pues para ello el régimen tributario establece unos plazos y formas que deben ser observados y cuya infracción acarrea consecuencias punitivas -intereses y sanciones monetarias y administrativas- que no tienen carácter penal.

Más evidente es la violación del principio de legalidad de los delitos al sancionar penalmente a quien no consigne los recaudos provenientes de la retención en la fuente como autor del delito de peculado, si se tiene en cuenta la sentencia de Constitucionalidad C-285 de 1996, en la cual el Juez de la Carta declaró la inexequibilidad del artículo 665 del Estatuto Tributario -Decreto 624 de 1989-, según las siguientes consideraciones:

"Procede entonces la Corte a decidir, aclarando en primer lugar que el Decreto 2503 de 1986 mediante el cual se derogó el plazo fijado en la Ley 38 de 1969 para consignar el valor de las retenciones recaudadas, fue expedido por el Presidente de la República con fundamento en el numeral 1° del artículo 90 de la Ley 75 de 1986, que lo facultaba para 'Dictar las normas que sean necesarias para el efectivo control, recaudo, cobro, determinación y discusión de los impuestos que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales" y, que en materia punitiva, sólo se le permitía dictar normas sancionatorias, que en ningún caso podían ser privativas de la libertad.

"El artículo 10 de la Ley 38 de 1969 constaba de los siguientes elementos: el retenedor; conducta: no consignar las sumas retenidas; elemento temporal: en el plazo establecido en el artículo 4 de la misma ley (dentro de los primeros quince días calendario del mes siguiente a aquél en que se haya el correspondiente pago o abono en cuenta); sanción: la misma prevista en la ley penal para los empleados públicos que incurren en apropiación indebida de fondos del tesoro público, esto es pena de, "prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años. Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes. Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2)". (art. 133 del Código Penal, modificado por el art. 19 de la Ley 90 de 1995).

"El Decreto 2503 de 1987 no suprimió la conducta punible, pero al derogar el artículo 4 de la Ley 38 de 1969, que contenía el plazo dentro del cual debía consignarse lo retenido, eliminó uno de sus elementos fundamentales; sin embargo esta disposición fue sustituida por el artículo 16 del mismo decreto. En consecuencia, a partir de la vigencia del Decreto 2503 de 1987, el tipo penal previsto en el artículo 10 de la Ley 38 de 1969 conservaba todos sus elementos, pero la determinación del momento en que se configuraba el hecho sancionado con la norma, debía hacerse no por remisión al artículo 4 de la misma ley, por haber sido expresamente derogado, sino al artículo 16 del decreto en mención, que sustituyó a aquel.

"El legislador extraordinario al expedir el Estatuto Tributario codificó en el artículo 665 el artículo 10 de la Ley 38 de 1969, pero no incluyó el elemento temporal de la figura típica, modificando así sustancialmente el contenido de la norma. En consecuencia, excedió el límite material fijado en el numeral 5 del artículo 90 de la Ley 75 de 1986, que lo facultaba para modificar el texto de las disposiciones, eliminar las normas repetidas o derogadas, "sin que en ningún caso se altere su contenido".

"Ahora bien: El artículo 665 acusado no puede ser integrado con el artículo 811 del Estatuto Tributario, que codificó el artículo 16 del Decreto 2503 de 1987, tal como lo sugieren los intervinientes, pues en este caso sería el intérprete quien a su arbitrio, complementaría el tipo penal, añadiéndole un elemento del que carece, con lo cual se violaría el principio de legalidad en materia penal.

"En efecto, el principio en mención exige que el legislador y sólo él (incluido el legislador de excepción en las condiciones previstas en los artículo 113 y 114 de la Constitución y 147 de la Ley 137 de 1994) determine la hipótesis de desviación punitiva, con referencias empíricas y fácticas exhaustivas, como garantía de la libertad e igualdad de los ciudadanos, en cuanto existe certeza sobre los presupuestos necesarios para la aplicación de una pena.

"Como tipo penal contenido en el artículo 665 del Estatuto Tributario no contiene la referencia temporal necesaria para efectos de determinar cuándo se configura el hecho típico, resultaría arbitrario y discrecional que el intérprete procediera a integrar las normas con otras que regulen aspectos semejantes, en este caso de carácter administrativo, pues la elección de esas disposiciones puede ser diversa y, en consecuencia, no sólo se violarían los principios de separación de poderes y de legalidad, sino el derecho de libertad de los ciudadanos por la imposición de penas privativas de la libertad en eventos determinados ex post facto.

"Tan evidente es la indeterminación del momento en que se realiza la omisión prohibida en tipo penal, que el mismo Estatuto Tributario prevé la posibilidad de pagar las retenciones una vez vencido el plazo señalado para su cancelación, lo que implica la imposición de sanciones pecuniarias a los retenedores, consistentes en el pago de "intereses moratorios, por cada mes o fracción de mes calendario de retardo" (art. 634). En estos términos, el intérprete podrá considerar que mientras la Dirección General de Impuestos Nacionales reciba el pago de las sumas recaudadas no se ha configurado el hecho típico; en tanto que para otro intérprete, el tipo penal se realiza desde el momento mismo del vencimiento del plazo previsto para el pago de las retenciones.

"...Dado que la omisión de consignar las sumas retenidas ha sido considerada por el legislador, desde 1938, como un conducta que amerita una sanción más drástica que las de carácter administrativo, ya que afecta el patrimonio económico de la Nación, bien jurídico de gran relevancia, estima la corte conveniente llamar la atención del legislador para que en caso de encontrarlo necesario, proceda a reemplazar la norma que aquí se retira del ordenamiento jurídico, determinando claramente cada uno de los elementos que configuran el tipo delictivo, pues la ausencia de uno de ellos conduce a la violación de derechos y garantías fundamentales, además de crear inseguridad jurídica".

Dice el procurador que las sentencias de primera y segunda instancia fundamentaron la tipicidad del comportamiento del ex Notario Segundo de Neiva en esta norma del Estatuto Tributario y adecuaron también la conducta a lo señalado en el artículo 133 del C.P. De manera que al ser declarado inexequible el artículo 665 del Estatuto Tributario, queda sin piso dicha adecuación. Al dejarse de considerar como delito la no consignación de las retenciones en la fuente hechas por los agentes retenedores, no existe norma que remita el comportamiento a ser considerado delito sancionado por el C.P.

En todo el proceso se puso de presente y así se encuentra en los documentos aportados al expediente, que el ex Notario informaba a la Administración de Impuestos, mediante declaraciones que presentaba sobre las sumas retenidas en la fuente e indicaba de esta forma la existencia de una

obligación de su parte para con la Administración, nunca se negó la existencia de esta deuda ni se realizó maniobra fraudulenta alguna para ocultarla o disminuir su importe, luego no se evidencia en su comportamiento un ánimo de apropiación de estos dineros.

Las normas de la legislación tributaria hablan de obligaciones tributarias; exige declaraciones de las sumas recaudadas; impone la obligación de registrarlas en los libros de contabilidad, para poder realizar un cálculo exacto de los impuestos recaudados; se conceden plazos para el pago de tales obligaciones; se regulan procedimientos para el cobro coactivo y se establece una serie de principios y trámites relacionados con las cuentas que se deben rendir por retención en la fuente.

Se entiende entonces que la retención se constituye en una obligación a cargo de las entidades o particulares retenedores, para cuyo pago se concede un plazo, vencido el cual se cobra un interés moratorio y se imponen sanciones. Los agentes retenedores tienen la obligación de presentar declaración mensual de retenciones en la fuente, lo que en el presente caso se hizo, tal y como lo declaró el sindicado y los documentos aportados por la Administración de impuestos lo indican, el señor Arce Luna cumplía con la obligación de declarar mensualmente las sumas retenidas de impuestos.

El Administrador de Impuestos de Neiva, al momento de colocar la denuncia penal, inicia su relato con la indicación de que el Fabio Arce Luna celebró un acuerdo de pago con la Administración de impuestos para cancelar el valor de la retención en la fuente, más los intereses correspondientes a las vigencias de 1988, 1989 y 1990, a través de cuotas semestrales. Dicho acuerdo se celebró por solicitud directa del Notario y se resolvió mediante providencia administrativa. Hace también claridad el denunciante, que el agente retenedor presentó declaraciones Tributarias sin pago, pero posteriormente realizó los pagos respectivos, cumpliendo inclusive con el acuerdo celebrado.

De la Investigación realizada por la Administración de Impuestos se hizo el informe, se liquidó la deuda y se libró el mandamiento de pago respectivo en cumplimiento del trámite administrativo correspondiente. La retención en la fuente recaudada por la Notaría Segunda de Neiva nunca dejó de figurar en las cuentas de la Notaría, pasivo que no se desconoció; por eso no existió apropiación; siempre permaneció contabilizado como una deuda de la Notaría que debería pagarse, con sus intereses y sanciones como efectivamente se hizo; primero por pequeñas consignaciones para abonar a los intereses y luego con el cubrimiento total de la deuda contraída.

La apropiación de la retención en la fuente no puede darse exclusivamente por la no consignación oportuna del dinero correspondiente. Para

ello el régimen Tributario establece unos plazos y formas de pago que deben ser observados y cuya infracción acarrea consecuencias punitivas que no tienen carácter penal, mucho menos ahora con la declaratoria de inexequibilidad de la norma que le daba ese carácter a la conducta.

Dentro de los principios tributarios se afirma que "Para poder exigir un pago al momento de la causación material (percepción del ingreso en la retención en la fuente) o de la causación formal (vencimiento del periodo fiscal en los impuestos del periodo), o antes de la causación material y formal (anticipo, autorretención), debe existir una base más o menos cierta denunciada por el mismo contribuyente y aplicada sobre ella la tarifa. De lo contrario, y esto sucede cuando el sujeto no presenta la declaración, al tener el Estado que suplir dicha base con un acto de fiscalización y practicar un aforo, el crédito no puede exigirse sino a partir de ese acto administrativo con la sanción respectiva" (Ramírez Cardona Alejandro. "Derecho Tributario" Temis 1985).

Cuando se incumple la obligación de consignar el dinero correspondiente a las declaraciones mensuales, surge para la Administración de Impuestos la obligación legal de inspeccionar la situación, en este caso de la Notaría como efectivamente se hizo, establecer la naturaleza y cuantía de la obligación tributaria, y a partir de allí exigir coactivamente el pago del tributo, lo que también se cumplió en virtud de lo cual se realizó el acuerdo de pago de las sumas recaudadas con sus correspondientes intereses, las cuales fueron pagadas en su totalidad a la Administración de impuestos por Arce Luna.

En consecuencia, opina la Delegada, que el procesado no realizó acto de apropiación con respecto del dinero recaudado por concepto de retención en la fuente; la existencia de la cuenta por pagar correspondiente así lo evidencia y las sanciones que surgen de la no consignación del dinero respectivo, quedan regladas por la legislación tributaria que tiene previstas tales conductas como irregularidades administrativas que dan origen a un cobro coactivo de lo adeudado.

De la indagatoria del imputado se lee que de acuerdo con la legislación tributaria, conocía perfectamente que la sanción por la no consignación de las sumas de retención era el cobro de unos intereses y que sobre ellos fue consignando pequeñas sumas de dinero para cubrirlos, por lo que no se evidencia en él ánimo de apropiación de ese dinero. Lo que se presentó fue un incumplimiento en el pago de obligación pecuniaria que se tenía para con la Administración de Impuestos.

Por lo anterior, sugiere a la Corte casar la sentencia impugnada, declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia y ordenar la cesación de todo procedimiento por atipicidad de la conducta.

V. Consideraciones de la Corte

1. En el único cargo presentado el defensor dice que la sentencia es violatoria de la ley sustancial "al dejar de aplicar las normas atinentes a la exclusión de antijuridicidad (art. 29 del C. P.) y del dolo (art. 36) por ausencia de conciencia de la antijuridicidad, en lo cual se ha incurrido por un defecto de adecuación social de los hechos por errada apreciación probatoria ...".

Con la simple lectura del reproche se advierte una contradicción insalvable, como quiera que el censor niega la antijuridicidad al estimar aplicable una causal de justificación, y la afirma al proponer la inexistencia del dolo, planteamientos que ha debido hacer en capítulos separados y de manera subsidiaria, ya que se trata de pretensiones excluyentes. Es oportuno anotar que la observación se hace aplicando el esquema del delito acogido por el libelista, sobre el cual no hay duda, pues ubica la conciencia de la antijuridicidad como elemento del dolo, y cita el concepto que al respecto da el artículo 36 del estatuto penal.

En la teoría finalista la ausencia de dolo genera atipicidad, y la falta de conciencia de la antijuridicidad de la conducta inculpabilidad, de manera que no tiene cabida pensar en la posibilidad de que se estuviera refiriendo a esa orientación. Y de todas maneras, alegar simultáneamente ausencia de dolo y de antijuridicidad es contradictorio.

2. Pasando a otro aspecto de la censura, el impugnante asevera que la violación de la ley sustancial se debe a una "errada apreciación probatoria", sin embargo en la sustentación no concreta ni demuestra que realmente el sentenciador hubiere incurrido en esa falla, en cambio él sí cae nuevamente en una ostensible contradicción, pues de una parte dice que no se tuvo en cuenta la prueba testimonial de que el acriminado se colocó al borde de la ruina, y al mismo tiempo acepta la conclusión del juzgador de que cuando se apoderó de los dineros públicos tenía unos altos ingresos y otros bienes de los cuales hubiera podido disponer y evitar violentar el orden jurídico, de ahí que argumenta que si su cliente "se hubiera arruinado antes de cualquier otra conducta, perdía la infraestructura social que le permitía sobrevivir en las dificultades."

Además, la simple lectura de la sentencia del *a quo* es suficiente para advertir que no es cierto que los testimonios que menciona el actor no se hubieren apreciado, todo lo contrario, con base en ellos se admite que el acusado tuvo dificultades económicas, pero en ningún momento se justifica que hubiera dispuesto de dineros del Estado, cuando, entre otras razones, está probado que tenía suficientes recursos. Textualmente dice el fallo:

"Ahora, que debió recurrir a préstamos de entidades bancarias, de sus amigos o de usureros, es un hecho evidente. Pero lo que no es cierto es que los

recursos así obtenidos se dedicaran exclusivamente al tratamiento de su hijo. Es solamente el señor Hernando Falla Duque el que refiere que en varias ocasiones le prestó dinero al doctor Arce Luna "para tratamientos clínicos" por la drogadicción de su hijo y "para negocios de él personales", a raíz de lo cual le compró el apartamento en Bogotá y para que así también "pudiera tener un dinero adicional para cumplir con varias obligaciones" que le hizo saber.

Y por lo que se entiende de acuerdo a esta versión y a las demás que afirman haberle prestado al doctor Arce Luna dineros, sus negocios particulares no eran ajenos a estos compromisos. Y tampoco de los créditos conseguidos a través de hipotecas se deduce que se encaminaron a la finalidad indicada. De ellos se infiere que fueron obtenidos, según las respectivas escrituras, con anterioridad al año de 1988, época para la cual en nada se involucra el estado de necesidad."

3. Seguramente ante la clara imposibilidad de argumentar seriamente el estado de necesidad como causal de justificación, el cual fue desestimado con argumentos contundentes por los juzgadores de instancia, el censor opta por una alternativa francamente absurda, como es pretender que se acepte que su poderdante obró en cumplimiento de un deber legal, lo cual en una de las formas de entenderlo equivale a decir que es un deber legal apoderarse de dineros del Estado para pagar el tratamiento médico de un hijo enfermo. Olvida que la justificante se presenta cuando el sujeto realiza una conducta jurídicamente obligatoria, y no es obligatorio incurrir en un peculado por noble que sea la finalidad en la cual se va a emplear el producto.

Ahora bien, de otra forma, es un deber de los padres velar por la salud de sus hijos, pero el cumplimiento de dicho deber no conlleva autorización para apoderarse de bienes ajenos, de manera que si el padre incurre en ese comportamiento debe responder penalmente, especialmente si, como en el caso en estudio, cuenta con suficientes recursos propios. En circunstancias muy excepcionales regladas por la ley, la justificante que se podría aducir sería la del estado de necesidad, que como ya se dijo, en este proceso fue correctamente desechada.

4. Finalmente, la aspiración de que se califique como socialmente adecuado que para evitar tener que disponer de recursos propios que le desmejoren su status social, un servidor público puede apropiarse de bienes del Estado para atender el tratamiento de su hijo vicioso, es algo tan insólito y carente de fundamento lógico-jurídico, que no es serio siquiera pensar que haya comunidad en el mundo que lo acepte.

En síntesis, el desarrollo del ataque se limita a una alegación que parte de la invocación de un error que no existe, y que se orienta a unas pretensiones contradictorias y sin ningún fundamento.

V. Petición del Procurador Delegado.

La argumentación del Ministerio Público sobre la atipicidad de la conducta imputada al sentenciado carece por completo de sustento, pues parte de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 665 del Decreto 624 de 1989, la cual no tiene ninguna trascendencia en este caso, en donde lo que se ha definido es la responsabilidad penal de un servidor público que se apoderó de dineros del Estado cuya recaudación se le había confiado por razón de sus funciones.

Al doctor Fabio Arce Luna se le llamó a juicio y se le condenó por el delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 133 del Código Penal. La mención que hace el a quo del artículo 665 no es para efectuar la tipificación de su conducta, sino para responder la propuesta de que se aplique el peculado por uso en lugar del de apropiación, de manera que el hecho de que esa disposición haya desaparecido del ordenamiento jurídico en nada afecta la vigencia y aplicación de la norma penal.

El texto del artículo 665 es el siguiente:

"Responsabilidad penal por no consignar las retenciones. Los retenedores que no consignen las sumas retenidas, quedan sometidos a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los empleados públicos que incurran en apropiación indebida de fondos del tesoro público.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de las obligaciones. Para tal efecto, las empresas deberán informar a la respectiva Administración o Recaudación la identidad de la persona que tiene la autonomía suficiente para realizar tal encargo. De no hacerlo, las sanciones recaerán sobre el representante legal de la entidad. En la información debe constar la aceptación del empleado señalado."

Claramente se ve que lo que se quiso hacer con esta disposición fue tipificar como punible la simple no consignación de las sumas retenidas, pero la Corte Constitucional estimó que el Presidente "excedió el límite material fijado en el numeral 5 del artículo 90 de la Ley 75 de 1986, que lo facultaba para modificar el texto de las disposiciones, eliminar las normas repetidas o derogadas, 'sin que en ningún caso se altere su contenido'". Así las cosas, la inexequibilidad deja por fuera del orden jurídico la norma, y con ella el precepto que allí se creaba, pero es un error darle el alcance que le da el Ministerio Público, pues entiende que también desaparece el peculado por apropiación para los retenedores que cumpliendo con esa función pública que les encarga la ley, se apoderan de los dineros recibidos.

Es preciso admitir que al final de su alegación el Ministerio Público parece que advierte su equivocación, de ahí que opta por separarse de su inicial argumentación para dedicarse a sostener que el acriminado no rea-

lizó acto de apropiación respecto del dinero recaudado por concepto de retención en la fuente, que lo que hizo fue simplemente incumplir la obligación de consignar, campo que además de tenerlo vedado porque su condición no es la de recurrente, ni está facultado para formular cargos adicionales a los de la demanda, con las afirmaciones expuestas, ajenas por completo a como se debe atacar el fallo en casación, ninguna ilegalidad demuestra, y lo único que hace es caer en la común falla de anteponer su criterio al del sentenciador, olvidando que el recurso en trámite es el de casación.

Lo probado es que el acusado desempeñaba una función pública que le daba la facultad de recaudar un tributo, del cual se apropio en numerosas oportunidades y en el curso de varios años (1988, 89, 90, 91), sin causa de justificación atendible y en forma deliberada, razones suficientes para considerar, como lo hicieron los falladores de instancia, que la conducta ejecutada es típica, antijurídica y culpable, por lo tanto la sugerencia del Procurador Delegado debe ser desestimada.

De otra parte, desde el punto de vista formal es oportuno señalar que también es errónea la petición del Delegado, pues carece de sentido que por atipicidad de la conducta se deba anular todo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia, para luego ordenar la cesación de procedimiento, cuando lo obvio es que en esos casos se casa y se dicta una sentencia de reemplazo absolutoria.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de justicia -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL-Desarrollo de la jurisprudencia/
APELACION-Sustentación oral

La solicitud que se examina, de concesión del recurso de casación que ha venido conociéndose como discrecional contemplada en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P. P., de exclusivo resorte de la Corte, tiende a demostrar los motivos legales que justifican dar vía libre a la impugnación. En su empeño busca el señor defensor señalar a la Corporación la necesidad del desarrollo de la jurisprudencia en relación con el artículo 196-B de ese ordenamiento, con cuya interpretación pretende además abrir paso a una eventual necesidad de garantizar el derecho al debido proceso previa la anulación parcial de lo actuado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., julio quince (15) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Proceso No. 14517

Aprobado Acta No. 104

Decide la Corte lo procedente en relación con la solicitud de concesión del recurso de casación presentada con fundamento en el inciso tercero del artículo 218 del C. de P.P., por la defensa del procesado Josué Daniel Medrano Sánchez, contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 1998 por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, en la cual se le condena como autor del delito de abuso de las circunstancias de inferioridad.

ANTECEDENTES

1. Hallándose recluida en el hospital 'Fructuoso Reyes' del municipio de Santa Rosa de Viterbo la señora Evelia del Carmen León de Cely, a donde había sido conducida en muy precarias condiciones de salud que la mantenían en permanente estado de inferioridad síquica, el 23 de marzo de 1994 se presentaron a ese centro de atención médica los ciudadanos Josué Daniel Medrano Sánchez y Delfín del Carmen Rojas, acompañados del Notario Único del Círculo Notarial de ese lugar, Hernando Bohórquez, con el fin de suscribir una escritura pública mediante la cual la enferma le

vendía al primero los derechos herenciales sobre un lote de terreno ubicado en la localidad de Tobasia del municipio de Floresta, diligencia que se cumplió con la figuración de Rojas como firmante a ruego de la otorgante, pese a la advertencia hecha a los visitantes por el personal médico y paramédico del hospital sobre el alterado y deficiente estado mental y físico de la paciente.

2. Denunciados los hechos por una vecina del comprador se adelantó la correspondiente investigación, a la cual fueron vinculados tanto el Notario como el comprador y el firmante a ruego, culminando el proceso en la primera instancia con fallo absolutorio por el delito de abuso de circunstancias de inferioridad tipificado en el artículo 360 del C.P. que en la resolución de acusación proferida el 29 de mayo de 1997 se les había imputado.

3. Inconforme con la absolución la Fiscalía apeló sin especificar de qué manera sustentaría el recurso (fol. 884 cd. ppl. 1), pero presentando el memorial sustentatorio el 13 de enero de 1998 (fols. 898-909v.), fecha ésta en la que comenzó la notificación de la sentencia por edicto, el cual fue desfijado el día 15 (fol. 911). Vencido el término para recurrir se surtieron los traslados ordenados en el artículo 196-A del C. de P.P. (fol. 912), sin que ni la parte apelante, ni los no apelantes hicieran manifestación alguna, el recurso fue concedido el día 11 de febrero subsiguiente (fol. 913).

4. Al desatar la apelación el Juzgado 2o. Promiscuo del Circuito revocó parcialmente la decisión de primer grado, condenando a Medrano Suárez como autor del delito por el cual había sido acusado y a Rojas como cómplice, mediante la sentencia contra la cual la defensa de aquél manifiesta su determinación de interponer el recurso "excepcional" de casación, exponiendo los motivos que en su criterio ameritan la concesión (fols. 60 y ss. cd. de segunda inst.).

La solicitud

Estima necesario el señor defensor, que la corte fije jurisprudencialmente los alcances del artículo 196-B en concordancia con el 196-A ambos del C. de P.P.. Así resume su inquietud:

"*... para que tanto los funcionarios como los abogados defensores sepamos a que atenernos cuando en el momento de interponer el recurso, no se indica la forma en que dicho recurso se sustentará, con lo cual se evitarán nulidades y dilaciones indebidas en la tramitación de los procesos.*

"*Hasta el momento no existe pronunciamiento de la Honorable Corte en el cual se fijen los alcances de dicha omisión, y si esto ha traído como consecuencia el que hasta el momento no sepamos que sucede cuando se guarda silencio sobre la forma de sustentación del recurso de apelación contra sentencias, y de ahí, que en el proceso de la referencia el Juzgado Promiscuo*

Municipal de Santa Rosa de Viterbo frente a ese silencio sobre la forma de sustentación del recurso de apelación caprichosamente haya señalado el trámite señalado para el caso de la sustentación por escrito y haya concedido el recurso, y así mismo, el señor Juez Segundo Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo haya aceptado ser competente para decidirlo y haya proferido la sentencia objeto de éste recurso."

A continuación discurre planteando los efectos de la posibilidad de una eventual irregularidad anulatoria en el caso concreto, exaltando finalmente la trascendencia del pronunciamiento que estima necesario por parte de la Corte como fallador extraordinario de la casación discrecional.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La solicitud que se examina, de concesión del recurso de casación que ha venido conociéndose como discrecional contemplada en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P., de exclusivo resorte de la Corte, tiende a demostrar los motivos legales que justifican dar vía libre a la impugnación. En su empeño busca el señor defensor señalar a la Corporación la necesidad del desarrollo de la jurisprudencia en relación con el artículo 196- B de ese ordenamiento, con cuya interpretación pretende además abrir paso a una eventual necesidad de garantizar el derecho al debido proceso previa la anulación parcial de lo actuado.

El motivo fundamental de *la petición* parte del hecho de que la Fiscalía interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado advirtiendo que "se sustenta en oportunidad", sin especificar si esa sustentación sería escrita u oral, cuando era imperativo precisarlo porque cada una de estas formas obedece a un procedimiento distinto.

Para dilucidar el punto, pertinente resulta observar que la apelación de la Fiscalía fue interpuesta y sustentada por escrito cuando aún no se había completado la notificación por edicto del fallo de la primera instancia y que dentro del término del traslado para la sustentación escrita, corrido legalmente cuando ya había vencido el término para recurrir, la apelante guardó silencio, pues ésta se notificó el 19 de diciembre de 1997 -último hábil de este año- y presentó el memorial sustentatorio al día siguiente hábil, es decir, el 13 de enero de 1998, mientras que la notificación por edicto corrió apenas entre el 13 y el 15 de enero y los traslados previstos en el artículo 196-A se surtieron entre el 22 de enero y el 5 de febrero sin que la apelante volviera a manifestarse.

Pues bien; el tópico en comentario no ha sido extraño a la labor hermenéutica de la Corte que justamente respecto de la apelación de la sentencia, interpretando el artículo 196 B del C. de P.P., y en un caso en que concurrieron apelante que sustentó por escrito y apelante que manifestó lo haría en forma verbal, puntualizó:

"Con el fin de hacer efectivos los principios constitucionales de razonabilidad, proporción y de justicia material, la Sala interpreta de la siguiente manera las previsiones pertinentes del artículo 196-B del Código de Procedimiento Penal, adicionado por el artículo 26 de la Ley 81 de 1993.

"1. El inciso 3o. de dicho artículo dice: 'Si cualquiera de los sujetos procesales manifiesta su propósito de sustentar de manera oral el recurso, éste se concederá inmediatamente y no se aplicará el trámite previsto en el artículo anterior'.

"Expresamente, pues, ordena ese texto que si alguno de los sujetos procesales manifiesta su propósito de sustentar oralmente, no se corren los traslados previstos en el artículo 196-A, sino que las impugnaciones se concederán 'inmediatamente'.

"Al respecto caben las siguientes hipótesis:

"a. Que el sujeto procesal sustente por escrito su apelación en el momento de notificarse. Como es obvio, esta sustentación conservará su validez, sin que desde luego aquél esté obligado a 'repetirla' oralmente en la respectiva audiencia, en la cual sólo se exige la presencia de quien, al ser notificado, manifestó el propósito de sustentar oralmente su apelación.

"b. Que como es lo más corriente, los sujetos procesales se limiten a notificarse. En este evento, como se dijo atrás, cumplido el proceso de notificación el expediente debe remitirse al superior para efectos de la audiencia con respecto al apelante que manifestó su deseo de sustentar oralmente.

"Qué pasa entonces con los apelantes 'no orales'? Deben éstos hacer llegar a la segunda instancia sus escritos sustentadores dentro del término que va desde la fijación de la audiencia pública hasta el día inmediatamente anterior a iniciarse ésta, para que dichos escritos tengan la oportunidad de ser conocidos por los demás sujetos procesales (recurrentes y no recurrentes) y efectivizar así los derechos de réplica o coadyuvancia.

"Aquí conviene advertir: si quien ha sustentado por escrito quiere, además, concurrir a la audiencia y hacerlo oralmente, únicamente tendrá validez esta última clase de sustentación, y el referido escrito no tendrá valor alguno.

"c. Si el apelante oral no comparece a la audiencia, obvio que su impugnación se declarará desierta, y las sustentaciones escritas hechas dentro del término ya indicado, podrán ser controvertidas en el curso de la audiencia.

"Con esta sana y, en parte, nueva hermenéutica, la Sala debe decir que resulta injusto (y nada injusto debe ser legal) que el apelante oral imponga su voluntad sobre el resto de apelantes que no quisieron (por el motivo que fuere, y ello pertenece al fuero interno de cada sujeto procesal)

sustentar de esa forma y optaron por la escrita." (auto segunda instancia, Rad. 13196. Julio 15 de 1997. M.P.Dr. Páez Velandia).

Significa el acontecer procesal cumplido en el caso materia de estudio, que la apelante seleccionó como forma de sustentación la escrita, al manifestar en el momento de notificarse que apelaría y allegar el escrito correspondiente cuando, como se advirtió, aún no comenzaba el término para recurrir porque no se habían completado las notificaciones. Esta situación encaja en la hipótesis "a" precedentemente transcrita, que no se desnaturaliza porque la apelante prácticamente en un solo acto se haya notificado y sustentado por escrito, absteniéndose de reiterar que sustentaría de esa manera: "Que el sujeto procesal sustente por escrito su apelación en el momento de notificarse".

Y siendo que la jurisprudencia considera que una tal sustentación es válida, obviamente la pretendida remota causa de nulidad por no haber expresado la forma de la sustentación también desaparece para el caso de examen.

Esfumada pues, la causa de *la petición*, pues la Corte sí ha interpretado esos preceptos, resulta improcedente el recurso, que por consiguiente, no se concederá.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, *en* Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

NO CONCEDER EL RECURSO DE CASACION solicitado con base en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. para impugnar la sentencia del Juzgado 2° Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo que condena a Josué Daniel Medrano Sánchez por el delito de abuso de las circunstancias de inferioridad.

En firme, DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

HOMICIDIO-Ley 40 de 1993/ SECUESTRO/ PENA/ VIGENCIA DE LA LEY-Ley 40 de 1993

La Ley 40 de 1993 no sólo se propuso instaurar una infraestructura normativa para combatir el reprobable delito de secuestro, sino que también ordenó directamente la modificación de los tipos básico y especial del delito de homicidio, entre otras disposiciones. Esta ha sido la conclusión unánime y reiterada de la Sala en pronunciamientos tales como los del 21 de noviembre de 1995; 25 de julio y 5 de noviembre de 1996; 17 de junio, 3 de julio, 25 de septiembre, 22 de octubre y 9 de diciembre de 1997; y 4 de febrero de 1998.

Así entonces, en el fallo de casación del 5 de noviembre de 1996, cuya ponencia correspondió al magistrado Carlos Gálvez Argote, en torno a la aplicación de los artículos 29 y 30 de la Ley 40 de 1993, como regulación de conductas autónomas de homicidio simple y agravado, sin sujeción a un nexo con el delito de secuestro, la Sala dijo lo siguiente:

"En sentencias del 5 de noviembre de 1995 y 25 de julio de este año, con ponencias del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda y quien ahora cumple igual función, ha afirmado la Sala que siendo imperativo el acatamiento de la cosa juzgada constitucional, inane resulta suscitar debates sobre asuntos cuya consonancia con la Constitución ya ha sido declarada, como acontece con los incrementos punitivos para los delitos de homicidio, extorsión y secuestro, pues la Corte Constitucional en Sentencia C-565 del 7 de diciembre de 1993, los declaró exequibles, considerando además, que las razones de política criminal que dieron origen a dicha normatividad, se basaron en la necesidad de una mayor drasticidad en la sanción de este tipo de delitos, catalogados dentro de los de lesa humanidad, tanto por su naturaleza como por el daño y su trascendencia dentro de la sociedad."

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 10747

Aprobado Acta Nº. 106

VISTOS

Se ha cumplido el trámite de rigor para llegar al examen, en sede de casación, de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, por medio de la cual condena al acusado Jesús Edurián Morales Medina a la pena principal de treinta (30) años y seis (6) meses de prisión, como responsable de un concurso de delitos de homicidio (3) y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

El recurso extraordinario fue interpuesto por el procesado y la sustentación la hizo oportunamente el defensor público que le fue asignado.

RELACIÓN DE LOS HECHOS

Apenas habían pasado algunos minutos después de las 3 de la mañana del día sábado 31 de julio de 1993, cuando un individuo irrumpió en el establecimiento denominado "Bar Latino", situado en la carrera 15 con calle 19 del municipio de Santa Rosa de Cabal, departamento de Risaralda, y disparó un arma de fuego en contra de los señores Humberto Antonio Velásquez García, Juan de Dios Marín Castaño y Jhon Jairo Carmona Londoño, quienes compartían copas en una misma mesa del local, acción violenta en la cual los tres agredidos perdieron la vida al recibir heridas mortales.

Como de inmediato algunos testigos presenciales suministraron los rasgos físicos del homicida y la vestimenta que llevaba al momento de los hechos, la policía emprendió la búsqueda y, aproximadamente a las 4 de la madrugada, las unidades correspondientes advirtieron que un individuo salía de un potrero en el barrio Betania de la mencionada comprensión municipal, lo abordaron y constataron que iba sin camisa, tenía su cuerpo y las demás prendas de vestir impregnadas de lodo y llevaba consigo un revólver marca Smith & Wesson Magnum, calibre .357, distinguido con los números 218-k 701 y 8385, cachas ortopédicas y de color plateado, y seis (6) cartuchos calibre .38 largo, arma para cuyo porte no tenía el respectivo salvoconducto.

En razón de estas circunstancias, la policía retuvo al sospechoso, quien se identificó como Jesús Edurián Morales Medina (alias "chucho") y, después de practicar importantes diligencias habilitadas por la situación de flagrancia, lo dejó a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

ACTUACIÓN PROCESAL

Abrió formalmente la investigación el Fiscal Treinta y Dos Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de la misma localidad, escuchó en

indagatoria al imputado y, por medio de resolución del 5 de agosto de 1993, dictó en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, por un concurso de injustos de homicidio (tres) y porte ilegal de armas (cuaderno N°. 1, fols. 21, 26 y 44).

Debidamente clausurada la instrucción, se calificó según providencia del 23 de noviembre de 1993, por cuya virtud el instructor acusó al procesado Jesús Edurián Morales Medina, como autor del concurso de hechos punibles antes mencionado (fols. 133 y 142).

Pero ocurre que el acusado Morales Medina debió enfrentar no una sino tres (3) causas, que fueron acumuladas en el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, así: la primera, radicada con el número 5017, se adelantó por un concurso tres (3) delitos de homicidio y uno de porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, cuyas víctimas fueron los ciudadanos Humberto Antonio Velásquez Mejía, Juan de Dios Marín Castaño y Jhon Jairo Carmona Londoño; la segunda, correspondiente al radicado número 5106, fue seguida por el hecho punible de homicidio por cuyo medio se hizo víctima al señor Alvaro Maldonado Arias, y en la que aparece como coprocesado el individuo Álvaro Obando Jiménez; y la tercera, clasificada con el número 5140, vincula también al mismo coacusado y de igual manera se impulsó por un delito contra la vida del ciudadano Jorge Maldonado Palacio (cuaderno N°. 5, fols. 1).

Realizada la audiencia pública, el Juzgado de conocimiento dictó fallo el 26 de septiembre de 1994, por cuyo medio declaró responsable al acusado Morales Medina de los cargos de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, contenidos en la primera causa y, consecuentemente, le impuso la pena principal de treinta (30) años y seis (6) meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicos por el término de diez (10) años; ordenó el comiso del revólver y se abstuvo de tomar decisión sobre el valor de los perjuicios, habida cuenta de que no se concretaron en el curso del proceso y tampoco se conocen los titulares de la indemnización (cuaderno 5, fols. 39, 43v. y 62).

En relación con los cargos atribuidos en los otros dos juicios acumulados, el juez absolvió de responsabilidad tanto a Morales Medina como al coacusado Alvaro Obando Jiménez (*idem*, fols. 93 y ss.).

Por obra del recurso de apelación interpuesto por el defensor y el condenado, aunque sólo sustentado por éste, el Tribunal Superior de Pereira dictó sentencia de segunda instancia el 23 de noviembre de 1994, en razón de la cual confirma la mayor parte de lo decidido en el fallo de primer grado, aunque revoca el numeral 7° de la resolución para imponer condena en abstracto por los perjuicios derivados de los delitos contra la vida (cuaderno 5, fol. 132).

Uno de los magistrados que participaron de la Sala de Decisión del Tribunal, aclaró el voto para decir que la dosificación de la pena no corres-

ponde a la realidad social ni a la equidad. En efecto, según su pensamiento, la Ley 40 de 1993 fue dictada en un contexto histórico-social que demandaba la necesidad de combatir la extorsión y el secuestro, razón por la cual sus preceptos relacionados con el delito de homicidio no pueden aplicarse a casos que no involucren esa definida finalidad.

Agrega el magistrado disidente que leyes como la citada surgen a manera de mecanismo adecuado para atacar una problemática social, grave y especial, que por ende se refiere sólo a conductas que motivaron su expedición, sin que pierdan vigencia las normas que no tocan con el fenómeno resaltado. De modo que un simple homicidio, desconectado de cualquier relación con el secuestro y la extorsión, no puede ser cubierto con el mayor reproche y rigor punitivo que comporta el Estatuto Antisecuestro (fol. 157).

La Demanda de Casación

El actor recurre a la causal establecida en el numeral 1°, inciso primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, pues estima que la sentencia impugnada es violatoria de una norma de derecho sustancial.

El agravio se sitúa en el momento de la medición judicial de la pena, pues la instancia debió haber tenido en cuenta el artículo 323 del Decreto 100 de 1980, que prevé una pena para el delito de homicidio simple que oscila entre 10 y 15 años de prisión, en lugar del aplicado artículo 29 de la Ley 40 de 1993.

Como fundamento del recurso, el censor hace suyas las motivaciones introducidas en la aclaración de voto, pero adiciona las siguientes:

1. El solo encabezamiento del texto de la Ley 40, "Por el cual se dicta el Estatuto Nacional contra el secuestro", da a entender sin lugar a dudas que el objeto de mayor represión era ese execrable delito y otros que de él se desprendieran, como es el caso del homicidio, que no pocas veces se comete sobre personas violentamente privadas de la libertad. Agrega que uno debe ser el tratamiento punitivo para los individuos que, generalmente agrupados en bandas armadas, han hecho del secuestro una mal denominada "industria", que no sólo produce daño a las víctimas y sus familiares sino también a la economía del país; pero otra debe ser la estimación legal de la conducta homicida del ciudadano común y corriente que, sin otras motivaciones ni pretensiones, acaba con la vida de un semejante.

2. Arguye que no pretende desconocer la gravedad del delito de homicidio en sí, pero cuando su modalidad es simple la sanción aplicable será la prevista en el artículo 323 del Decreto Ley 100 de 1980, porque de verdad no cree que el legislador haya pensado en "darle al homicida común el mismo tratamiento que al asesino despiadado y con innobles motivaciones como es el caso de los secuestradores" (cuaderno 5, fls. 208 y ss.).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en preciso concepto, le propone a la Sala que no case la sentencia impugnada y exhibe las siguientes razones:

1. El sentido de la ley se desentraña a partir de métodos tales como el gramatical y teleológico, como lo enseña el artículo 27 del Código Civil, norma de cuyo texto emerge la necesidad de respetar la claridad del capítulo VI de la Ley 40 de 1993, relativo al aumento de penas, pues en dicho apartado se hace una regulación independiente dentro del contexto de las materias tratadas en el estatuto, que no genera absolutamente ninguna confusión. Los artículos 29 y 30 de la Ley 40, agrega, simplemente retoman la descripción legal de los comportamientos y circunstancias previstos en los artículos 323 y 324 del Decreto Ley 100 de 1980, adicionando a este último una causal de agravación, pero le aparejan un incremento significativo de las penas de prisión.

2. La propia técnica de redacción que utiliza la ley en cuestión, trasunta en la mera literalidad de los artículos 29 y 30, indica que por su conducto no se construyeron tipicidades especiales, sino que se reelaboraron las que ya existían en los textos originales del Código Penal.

3. Basta la lectura de los preceptos examinados para establecer que el legislador no hizo allí distinción alguna, por ejemplo cuando el homicidio se comete en conexión con el delito de secuestro, razón por la cual no le es permitido al intérprete discriminar por vía de interpretación, como para que se llegue a pregonar que aún continúa vigente el Decreto Ley 100 de 1980 para eventos ajenos a esa modalidad delictiva.

4. De otra parte, termina el Procurador Delegado, el artículo 40 de la Ley 40 de 1993 contiene una derogatoria tácita de los artículos 323 y 324 del Código Penal, argumento adicional para entender que la decisión recurrida estuvo ajustada al derecho (cuaderno de la Corte, fol. 5).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Ley 40 de 1993 no sólo se propuso instaurar una infraestructura normativa para combatir el reprobable delito de secuestro, sino que también ordenó directamente la modificación de los tipos básico y especial del delito de homicidio, entre otras disposiciones. Esta ha sido la conclusión unánime y reiterada de la Sala en pronunciamientos tales como los del 21 de noviembre de 1995; 25 de julio y 5 de noviembre de 1996; 17 de junio, 3 de julio, 25 de septiembre, 22 de octubre y 9 de diciembre de 1997; y 4 de febrero de 1998.

Así entonces, en el fallo de casación del 5 de noviembre de 1996, cuya ponencia correspondió al magistrado Carlos Gálvez Argote, en torno a la

aplicación de los artículos 29 y 30 de la Ley 40 de 1993, como regulación de conductas autónomas de homicidio simple y agravado, sin sujeción a un nexo con el delito de secuestro, la Sala dijo lo siguiente:

"En sentencias del 5 de noviembre de 1995 y 25 de julio de este año, con ponencias del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda y quien ahora cumple igual función, ha afirmado la Sala que siendo imperativo el acatamiento de la cosa juzgada constitucional, inane resulta suscitar debates sobre asuntos cuya consonancia con la Constitución ya ha sido declarada, como acontece con los incrementos punitivos para los delitos de homicidio, extorsión y secuestro, pues la Corte Constitucional en Sentencia C-565 del 7 de diciembre de 1993, los declaró exequibles, considerando además, que las razones de política criminal que dieron origen a dicha normatividad, se basaron en la necesidad de una mayor drasticidad en la sanción de este tipo de delitos, catalogados dentro de los de lesa humanidad, tanto por su naturaleza como por el daño y su trascendencia dentro de la sociedad."

En relación con la vigencia de las nuevas disposiciones, que sustituyeron los textos originales de los artículos 323 y 324 del Código Penal, la sentencia del 3 de julio de 1997, con ponencia de quien ahora ostenta la misma condición, expuso lo siguiente:

"2. La clara repartición sistemática de la Ley 40 de 1993, dividida por capítulos y artículos acompañados de la respectiva denominación, así como el objeto resumido en su encabezamiento ("Por el cual se dicta el Estatuto Nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones"), indica sin duda que además de una nueva regulación más drástica del delito de secuestro, sus circunstancias y los demás hechos punibles que lo facilitan o perpetúan (capítulo I), de los asuntos procesales, de la competencia de la Fiscalía y las labores de inteligencia para intervenir esta clase de delincuencia (capítulos II, III y V) y de las medidas administrativas para combatirla eficazmente (capítulo IV), también se adoptaron "otras disposiciones" no relacionadas con el secuestro y su compleja red operacional, tales las previstas en el capítulo VI, artículos 28 a 33, que se refieren al aumento de penas tanto en sus límites y regulaciones de la parte general, como en relación con algunas figuras delictivas de la parte especial (homicidio, simple y agravado, y extorsión).

"3. El artículo 29 dice: "SOBRE EL HOMICIDIO".— "El artículo 323 del Decreto Ley 100 de 1980, Código Penal, quedará así:

"HOMICIDIO. El que matare a otro incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años".

"Y el artículo 30 encabeza: "MODIFICACION AL ARTICULO 324 DEL CODIGO PENAL.— "El artículo 324 del Decreto Ley 100 de 1980, Código Penal, quedará así:

"ARTICULO 324. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA.

"La pena será de cuarenta (40) a sesenta (60) años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere: ...".

"Es suficiente la invocación de la letra de las modificaciones para entender que la Ley 40 no creó otro tipo circunstanciado de homicidio, atinente a una intensificación de la pena correspondiente a dicho delito por el anterior secuestro de la víctima, sino que retomó las definiciones clásicas de la figura básica y agravada del hecho punible contra la vida, adicionó una circunstancia de agravación, y aumentó notoriamente las sanciones ya previstas en el Código Penal. La ley tampoco generó la figura delictiva especial que imagina la recurrente, como para que en el artículo 30 se hubiese titulado, verbigracia, "homicidio antecedido de secuestro". No, el legislador fundamentalmente rediseñó con aumentos las penas, pero sobre la base de una repetición de la misma actitud descriptiva del Decreto 100 de 1980.

"4. Si el legislador se hubiese propuesto intensificar la pena únicamente para el delito de homicidio precedido de secuestro, pues la opción legislativa era adicionar el artículo 324 en ese preciso sentido, mas lo que realmente hizo fue modificarlo y, para disipar cualquier duda, se tomó el trabajo de regular de nuevo todos los aspectos comportamentales reprobados, aunque básicamente con reiteración de la descripción conductual originaria del Código Penal, y a continuación los conminó con sanciones cuantitativamente diferentes. Por ello dice categóricamente cómo quedará la nueva redacción del tipo legal de los artículos 323 y 324, y en parte alguna dice cómo se concebirá el nuevo tipo penal.

"5. La derogación, de acuerdo con el diccionario enciclopédico de derecho usual de Guillermo Cabanellas, es la "abolición, anulación o revocación de una norma jurídica por otra posterior, procedente de autoridad legítima". Esa misma derogación, conforme con los artículos 71 y 72 del Código Civil, 3° y 14 de la Ley 153 de 1887, puede ser expresa o tácita, pero también puede ser total o parcial...".

Y así entonces, aunque podría afirmarse que los artículos 29 y 30 de la Ley 40 derogaron parcialmente los artículos 323 y 324 del Código Penal, parece de mayor rigor técnico aseverar que los modificaron, en el sentido de que el legislador simplemente cambió o varió la cantidad de pena, pues ésta como tal permanece.

La intensificación de la pena para el delito de homicidio no es una conducta inopinada del legislador, o una conclusión a la cual sólo puede llegarse por vía de compleja interpretación. En efecto, la claridad del propósito legislativo se relieva en el fallo del 4 de febrero de 1998, con ponencia del magistrado Fernando E. Arboleda Ripoll, en los siguientes términos:

"3. El capítulo relativo al "aumento de penas", en donde se establecen los incrementos punitivos para los delitos de homicidio y extorsión, surgió de la

necesidad de adoptar una política criminal coherente, que armonizara las nuevas penas previstas para el secuestro con el esquema punitivo básico del Código Penal, y con las establecidas para hechos punibles que, como la extorsión o el homicidio, comprometen bienes jurídicos de igual o mayor valor. Esto explica las modificaciones paralelamente introducidas a los artículos 28 y 44 del Código Penal.

"Cierto es que el proyecto inicial ingresó al Congreso sin estas reformas, pero en el curso de los debates se planteó la necesidad de incluirlas para darle coherencia, como se desprende del contenido de la ponencia en la Cámara, en donde se dijo: 'En el curso de la segunda discusión que esta iniciativa ha tenido en el Senado se planteó, no sin razón, que no podría tratarse punitivamente la conducta del secuestro con mayor severidad que la del homicidio. Ello condujo a que se adoptaran decisiones legislativas, agravando también las penas para el homicidio que mantuvieran principios universales de la dosimetría penal' (Gaceta del congreso de nov. 18/92)".

Ahora bien, dicha expresión legislativa de equiparación punitiva de los delitos de homicidio y secuestro, según lo entiende la Sala, también es congruente con el espíritu constitucional. Así, en la sentencia del 25 de septiembre de 1997, cuya ponencia correspondió al magistrado Ricardo Calvete Rangel, se explica el tema de esta manera:

"En lo que respecta a la justificación del incremento de la pena para los mencionados delitos, la Corporación Constitucional puntualizó lo siguiente:

"Dentro de la Concepción del Estado Social de Derecho y con base en la importancia que a los derechos fundamentales otorga nuestra Carta Política, cuando se vulneran los derechos a la vida, a la libertad y a la dignidad a través de los delitos de homicidio y secuestro, se hace necesario por parte del Estado la imposición de una pena y ante todo un tratamiento punitivo aleccionador y ejemplarizante, atendiendo los bienes jurídicos cuyo amparo se persigue; es decir, que a tales hechos punibles se les debe aplicar las más rígidas sanciones con el objeto de que produzcan un impacto que se encuentre en consonancia con la magnitud del delito cometido y de los derechos vulnerados".

"Como se desprende de la lectura anterior, es la importancia de los bienes jurídicos tutelados lo que hace aconsejable el incremento punitivo, pues la vida y la libertad son derechos fundamentales cuyo ataque debe ser severamente sancionado, independientemente de si el homicidio es conexo o no con el secuestro.

"Y precisamente sobre la importancia de los intereses protegidos, bien hizo el legislador al aumentar la pena para el delito de homicidio, pues no sería lógico que el atentado contra la libertad individual resultara evaluado como de mayor gravedad que el dirigido contra la vida, bien supremo sin el cual los demás derechos no tienen significación alguna".

Así entonces, como la Ley 40 de 1993 empezó a regir a la medianoche del 20 de enero del mismo año, fecha de su inserción en el Diario Oficial, indudablemente sus imperativos mandatos debían gobernar los hechos debatidos en este proceso, supuesto que éstos ocurrieron en la madrugada del 31 de julio de la misma anualidad. De modo que, si las instancias activaron la ley vigente al momento de los episodios delictivos, no ha lugar a la indebida aplicación del artículo 29 de la precitada ley ni a la consecuente falta de aplicación del artículo 323 del Decreto Ley número 100 de 1980.

Acorde con las sugerencias del Procurador Delegado, la demanda no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

No casar la sentencia de fecha, origen y procedencia indicadas en la motivación.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REPARACION DEL DAÑO/ INDEMNIZACION INTEGRAL
Plazo para su presentación

Ocurre que la petición de cese por indemnización integral, no obstante ser una causal objetiva de extinción de la acción penal, a diferencia de las demás, es un acto de parte cuya manifestación depende de la propia voluntad del procesado y no de hechos externos o ajenos a él, como ocurre con la muerte o la prescripción, etc. Por lo tanto, esa declaración debe presentarse antes del fallo de casación.

El procedimiento penal está caracterizado por una sucesión de actos ordenados que no pueden verse interrumpidos por solicitudes que podrían entorpecer el desarrollo sistemático de la actuación. En tratándose de la ejecutoria de la sentencia de casación, la ley no tiene prevista posibilidad distinta a la de adelantar los pasos orientados a la concreción de ese preciso acto. En esas circunstancias, no cabe duda que la solicitud de cesación de procedimiento en ese momento procesal, resulta totalmente inoperante.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá D.C., julio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Proceso No. 9660

Aprobado Acta No. 105 (16-07-98)

VISTOS

Resuelve la Sala acerca de la solicitud de cesación de procedimiento por indemnización integral, presentada por el sentenciado José Gonzalo Villamarín Valero.

ANTECEDENTES

1. El Tribunal Superior de Bogotá revocó la sentencia absolutoria que había emitido el Juzgado 54 Penal del Circuito de esta ciudad y en su lugar condenó al solicitante a la pena de 36 meses y 20 días de prisión, como autor responsable de los delitos de falsedad en documento privado, fraude

procesal y estafa agravada por la cuantía, así como a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual a la principal y suspensión en el ejercicio de su profesión por un período de 2 años. Igualmente le impuso el pago de perjuicios materiales y morales en cuantía de cinco millones de pesos y el equivalente a quinientos gramos oro, respectivamente.

2. Contra la citada decisión, el defensor del procesado interpuso recurso extraordinario de casación, el cual desató esta Corporación mediante providencia del 25 de junio del año en curso, en el sentido de desestimar la demanda presentada y casar oficiosamente y en forma parcial la sentencia recurrida, únicamente en el sentido de suprimir del fallo la circunstancia genérica de agravación punitiva del artículo 66 numeral 11 del Código Penal. A consecuencia de ello, se le fijó como pena de prisión a imponer al procesado, la de 35 meses y 10 días, tiempo al cual quedó reducida la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas. Así mismo se le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional.

3. El procesado, manifestó en su memorial, que de acuerdo al contenido del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, es procedente su petición de cese de procedimiento para el delito de estafa agravada, debido a que la etapa del juicio va desde la ejecutoria de la resolución de acusación, hasta la ejecutoria de la sentencia; que esta última no se ha dado, porque en la secretaría de la Sala se fijó el correspondiente edicto el día 8 de julio del año en curso, lo que clarifica que la etapa del juicio aún no ha concluido.

Fundamenta su solicitud en el hecho de que reparó e indemnizó integralmente los daños ocasionados, acorde con el memorial adjunto, debidamente firmado y autenticado por el apoderado de la parte civil.

Recuerda el contenido del artículo 197 del Código de Procedimiento Penal respecto de la ejecutoria de las providencias y reitera, una vez más, que en el presente caso la sentencia no se encuentra ejecutoriada.

Consideraciones de la Sala

1. Antes de entrar en el análisis del asunto materia de este pronunciamiento, es necesario resaltar que el fallo proferido por esta Corporación el pasado 25 de junio del año en curso, se notificó al señor Procurador Delegado el 7 de julio y al día siguiente, 8 de julio, se fijó el edicto respectivo por el término de ley.

Como quiera que la solicitud fue presentada el 9 de julio, cuando la sentencia aún no había cobrado ejecutoria, se mantendrá la competencia de la Corte para pronunciarse exclusivamente acerca de la petición, lo que no implica de manera alguna que el término que transcurría se hubiese interrumpido por la presentación del memorial.

Además, por la esencia del asunto a tratar, la solicitud no podría ser resuelta por el Juez de Ejecución de Penas, cuya facultad está limitada única y exclusivamente a adelantar los actos propios de la ejecución de la sentencia, dado que el pronunciamiento se referirá a la acción penal.

2. Hechas las precedentes aclaraciones, encuentra la Sala que la solicitud elevada por el procesado José Gonzalo Villamarín Valero no podrá ser atendida de forma favorable por las siguientes razones:

Siendo la reparación integral de los daños ocasionados por el delito una de las causales de improseguibilidad de la acción penal, su invocación en el curso de la actuación penal y más concretamente en sede del recurso extraordinario de casación, está condicionada, para su procedencia, a que concurran varias circunstancias.

Es cierto que el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 7° de la Ley 81 de 1993, establece la preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento por indemnización integral para los delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no exceda los 200 salarios mínimos legales mensuales.

En el caso en examen, se trata, entre otros, de un delito de estafa agravada por la cuantía cuyo monto no sobrepasa el tope fijado en la norma y, según la constancia aportada con el memorial, el apoderado de la parte civil recibió del procesado Villamarín Valero el valor acordado en transacción, correspondiente al pago de los perjuicios materiales y morales causados a su poderdante, la señora Marina Silva Ramírez.

Pero ocurre que la petición de cese por indemnización integral, no obstante ser una causal objetiva de extinción de la acción penal, a diferencia de las demás, es un acto de parte cuya manifestación depende de la propia voluntad del procesado y no de hechos externos o ajenos a él, como ocurre con la muerte o la prescripción, etc. Por lo tanto, esa declaración debe presentarse antes del fallo de casación y no, como aquí ocurrió, cuando ya se había proferido éste y se estaba surtiendo la respectiva notificación formal por edicto.

Lo anterior tiene su razón de ser en que es la naturaleza misma de la pretensión la que permite valorar al juez si ella es procedente o no. La Corte, en antecedentes reiterados y frente a peticiones claramente inoportunas, ha señalado que el funcionario judicial debe interpretar el texto de la ley y la esencia de la petición para resolverla o abstenerse de hacerlo, aceptarla o negarla. De ahí que en casos como éste, que no revelan sino el cumplimiento de un fallo, no se pueda dar lugar al patrocinio de una burla a la sentencia, al amparo de que la cesación de procedimiento pueda producirse en cualquier estado del proceso.

El procedimiento penal está caracterizado por una sucesión de actos ordenados que no pueden verse interrumpidos por solicitudes que podrían

entorpecer el desarrollo sistemático de la actuación. En tratándose de la ejecutoria de la sentencia de casación, la ley no tiene prevista posibilidad distinta a la de adelantar los pasos orientados a la concreción de ese preciso acto. En esas circunstancias, no cabe duda que la solicitud de cesación de procedimiento en ese momento procesal, resulta totalmente inoperante.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

NO ACCEDER a la solicitud de cesación de procedimiento elevada por el procesado José Gonzalo Villamarín Valero, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Wanda Fernández León (No firmó), Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSEDAD EN DOCUMENTO/ ACTO ADMINISTRATIVO-Publicación/ ANTIJURIDICIDAD/ CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA/ PERJUICIOS

La materialidad de la infracción consiste en falsificar un documento, acción que se manifiesta, como lo ha precisado la jurisprudencia "en la creación total de un documento falso, o en la imitación de uno que ya existe, o simplemente en la alteración del contenido de un documento auténtico. Esa formación total o parcial, puede recaer tanto en documento público como en privado.

La publicidad del acto administrativo es la que limita su oponibilidad frente a terceros y lo hace por tanto exigible frente a éstos. En este caso se ha aclarado que la existencia del acto administrativo se predica desde cuando se ha suscrito por el funcionario competente y se han impuesto fecha y numeración al respectivo documento. En cuanto a su publicidad, por las sui generis circunstancias del departamento del Chocó, se cumple haciendo circular el instrumento que contiene el acto administrativo por las dependencias oficiales mayormente interesadas o a las cuales corresponda su aplicación para que se informen al público. A partir de tal momento el documento público (que ya tiene tal connotación desde su existencia) adquiere eficacia por haber sido dado a conocer, es decir que se ha cumplido una de las órdenes que él mismo contiene, la de "comuníquese".

En tratándose de las circunstancias genéricas de agravación punitiva y dentro de estas, de las de naturaleza objetiva, es decir de aquellas cuya presencia deviene únicamente del contenido fáctico de la conducta, aunque su mención y análisis en la decisión calificatoria es el ideal de calidad que se espera de la administración de justicia, su omisión no impide que se deduzcan en la sentencia, siempre y cuando en la narración de los hechos o dentro del texto de la resolución de acusación se haya mencionado expresamente el hecho o circunstancia que las componen.

Artículo 55 del Código de Procedimiento Penal: "Sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios. En todo proceso penal en

que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el funcionario procederá a liquidarlos, para lo cual podrá disponer la intervención de un perito según la complejidad del asunto, y condenará al responsable del asunto de los daños en la sentencia. El perito designado, podrá ser escogido de cualquier lista autorizada para otros despachos o entidades del lugar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Proceso No. 6989

Aprobado Acta No. 108

VISTOS

Formulada resolución de acusación por la Fiscalía General de la Nación y celebrada la audiencia pública correspondiente, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso seguido contra el doctor Augusto Cicerón Mosquera Córdoba por el delito de falsedad material de empleado oficial en documento público.

HECHOS

El 17 de julio de 1991, luego de accidentadas discusiones, la Junta Directiva de la Fábrica de Licores del Chocó presidida por el gobernador encargado Augusto Cicerón Mosquera Córdoba aprobó por mayoría de votos recomendar la adjudicación del contrato de distribución de licores en el departamento a la empresa Bodegas el Río del señor Jairo Herrera Maya.

El 18 de julio de 1991 se emitió por la gobernación del departamento del Chocó el Decreto número 659 por medio del cual se "fija el valor del impuesto de consumo de licores para el segundo semestre de 1991", acto administrativo que posteriormente y luego del repartimiento de varias copias en diversas oficinas de la administración departamental, fue recogido por orden del entonces gobernador del departamento doctor Augusto Cicerón Mosquera, para ser adulterado en su número de orden, que le fue variado por el 695, y en su fecha, que le fue mutada por la del 26 de julio de 1991.

El mismo 26 de julio de 1991, en la Empresa de Licores del Chocó se firmaba entre los señores Fernando Córdoba Ibarguen, gerente encargado de esa entidad, y Jairo Herrera Maya, comerciante de Quibdó (Chocó) un convenio de compraventa de 7.000 cajas de aguardiente Platino, a un precio unitario de $27.030.oo, que según el texto del convenio era el "vigente que tiene el aguardiente Platino al momento en que se firme éste".

ACTUACIÓN PROCESAL

1. Denuncia Y Ampliación (folios. 1 y 105)

El seis (6) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991) Aymer Wideman Trejos, denunció ante el Juzgado 10° de Instrucción Criminal radicado en Quibdó al ex Gobernador del Chocó Augusto Cicerón Mosquera por la adulteración del Decreto 659 del dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991), consistente en colocarle como fecha de expedición la del 26 de julio y variarle el número de orden por el 696.

El hecho se realizó, a juicio del denunciante, para facilitar la ejecución del convenio firmado el 26 de julio de 1991 entre el anterior gerente de la licorera Fernando Córdoba Ibarguen, y Jairo Herrera Maya para la venta de 7.000 cajas de aguardiente Platino a un precio unitario de veintisiete mil treinta pesos ($27.030.oo) la caja por 20 unidades de 750 centímetros cúbicos. Explica que el mismo día se expidió el Decreto 696 aumentando el precio de la caja de aguardiente a treinta y tres mil pesos ($33.000.oo), aclarando que ese Decreto no era otro que el 659 ya adulterado, en el que se había hecho ese incremento desde el dieciocho (18) de julio pero que se recogió y se le agregó nuevo número y fecha para poderle vender a Herrera el aguardiente al precio antiguo. La diferencia de precios hizo posible que el fisco departamental dejara de percibir la suma de cuarenta y un millones setecientos noventa mil pesos ($41.790.000.oo).

Explicó lo relacionado con el manejo de los decretos en la licorera a través de la Unidad de Mercadeo que es la encargada de hacer liquidaciones y facturaciones; se manifiesta extrañado por la firma del convenio, pues lo señala innecesario si se trata de la venta de contado del aguardiente que es precisamente la función del gerente de la licorera. En lo que tiene que ver con el trámite normal de un decreto de alza de los precios del licor, dice que el mismo día de su expedición debe llegar a la licorera para facturar el licor con el nuevo precio.

2. Inspecciones Judiciales

2.1. Despacho del Secretario General de la Gobernación. (folio 25)

En la diligencia, se intentó la localización física de todos los decretos que fueron expedidos en el mes de julio de 1991, hallándose en primer lugar el No. 596 del día 2 y en último lugar el No. 723 del día 31. No fue posible ubicar los originales de los Decretos 606, 612, 542, 659, 671, 718 y 719. Adherido al Decreto 605 se halló una nota manuscrita que advierte sobre el paradero del decreto 606.

Dentro de la diligencia se le averiguó a la señora Sonia Mena Palacio, Jefe de Archivo del Despacho del Gobernador, por el paradero de los decretos echados de menos, procediendo a la ubicación de copias al carbón de los mismos. Respecto del Decreto 659 del 26 de julio, dijo que es el mismo

que aparece con el No. 695 de esa misma fecha, porque le aplicaron corrector para borrarle la fecha, como se observa a trasluz, que era el 18 de julio y que en consecuencia el 659 no fue expedido. A la diligencia se adjuntaron los originales de los decretos 658, el documento a él adherido que dice "Decreto 659. Lo mandó a recoger el doctor Augusto"; 694 del 26 de julio de 1991, 695 y 696 de la misma fecha.

El mismo día se constató en la imprenta departamental que desde el año de 1979 no se hacen publicaciones de decretos u otros actos administrativos seccionales.

2.2. Auditoria Departamental Y Archivo De La Gobernación (folio 139).

El titular Salomón Parra Murillo, advierte que a la dependencia a su cargo no le envían en tiempo todos los decretos, desconociendo el motivo. Informa que se archivan en un legajador sin dejar nota de recibo, aunque ello se consigna en un libro que reposa en el archivo. Revisada la carpeta no se hallaron los Decretos 658, 659, 695 y 696 informando que seguramente se encontraría copia de ellos en el archivo de la Gobernación.

La encargada del archivo de los decretos, Esther Reyes, puso a disposición el libro radicador en el que, según su versión, se consigna el número del decreto, la entrega y la fecha de su expedición, correspondiendo ésta última con la de entrega de los decretos a las entidades correspondientes; según esto, el Decreto 659 fue entregado el 18 de julio a la Fábrica de Licores y a la Secretaria de Hacienda. En la primera fue recibido por Julio Garcés, mientras en la segunda se le entregaron 3 ejemplares a Secundina Moya, secretaria del Secretario de Hacienda. El Decreto 696 aparece registrado el 26 de julio y entregado en la Secretaría jurídica y en la de Hacienda. Se anexaron fotocopias de todos los decretos que se expidieron entre el dieciocho (18) y el veinticinco (25) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991), todos los cuales fueron suscritos por Augusto Cicerón Mosquera Córdoba.

3. Prueba Testimonial

3.1. Jairo Herrera Maya. (comprador del aguardiente - folio 49)

Manifestó conocer, aunque superficialmente, tanto al gerente de la Licorera (Aymer Wideman Trejos) como al imputado. Refiere una extensa relación comercial con la Fábrica de Licores del Chocó, por lo menos desde ocho (8) años atrás, en la cual le ha comprado desde 1000 cajas de aguardiente, hasta 10.000 que adquirió en noviembre de 1990, en un convenio en el que se le otorgó un descuento del 8% con autorización de la Junta.

En el año de 1991 recuerda haber adquirido aguardiente en cantidad de 5.000 cajas, pues en ese mes se le habían vendido 15.000 cajas a otros comerciantes de la región, pero no alcanzaron a pagar sino 10.000 por lo que a él lo llamaron para comprar las restantes 5.000; De ahí en adelante

mes a mes compraba la producción de 7.000 cajas, hasta el mes de julio que fue la última vez que le vendieron a él, ya que en agosto le vendieron a la empresa Cardumen, pero en septiembre lo volvieron a llamar de la fábrica y compró la producción de dicho período, 7.000 cajas con un descuento del 8%.

A continuación menciona a Héctor Perea y Julio Valencia como los funcionarios de la Licorera con quienes se entiende para hacer las transacciones en comento y explica que el pago de los pedidos se hace fraccionado, pues debe cancelarse aparte el impuesto de consumo en el departamento; luego el IVA que se paga en salud y el saldo se cancela en la pagaduría de la fábrica. A continuación reconoce el convenio que reposa a folio 5 del expediente en el que se compromete a adquirir las 7.000 cajas de aguardiente (4.200 el 26 de julio y 2.800 el 5 de agosto) a razón de veintisiete mil treinta pesos ($27.030.oo) la caja, aunque aclara que le daban un descuento del 8%, lo que le permitió venderlo al detal a $27.500.oo la caja; y más adelante aclara que no está seguro si el descuento fue para el mes de junio y que para el mes de julio no le otorgaron descuento, pero rememora que se enteró del alza del aguardiente en julio por boca de los mismos empleados de la fábrica de licores y que esta fue del 26%, quedando la caja a $33.000.oo a partir del 26 de julio.

Ante la exhibición del recibo de caja No. 0397 y la factura No. 0609 del 24 de julio de 1991 responde "esta no fue la del 26?, me refiero a la del 26 de julio" y aclara su respuesta diciendo que él tenía un convenio con la fábrica para comprarle la producción de junio con descuento y la de julio sin descuento, y que la empresa le respetó ese convenio porque él venía cumpliendo con el mismo. Explica que el pago del 24 de julio fue debido a la crisis de la fábrica y anota que el aguardiente adquirido en julio le fue entregado de a poquitos, recibiendo las últimas cajas en noviembre de 1991.

Refiere igualmente una especial relación con la Empresa Licorera del Chocó, en la que, debido a las crisis económicas de ésta, debía adelantarle dineros por la producción futura, ya fuera para que pagaran empleados o para que adquirieran materia prima, demorándose en cancelarle hasta dos meses, lapso en el cual él debía pagar intereses, para lo cual solicita se indague sobre su estados financieros, bancarios y extrabancarios.

3.2. Fernando Córdoba Ibargüen (ex gerente de la Licorera, folio 52 vuelto.)

Estuvo encargado de la gerencia entre el veintiséis (26) y el treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991). Manifestó conocer de vista a Herrera desde hacía unos cinco años como comerciante, al tiempo que reconoce el convenio que obra en autos manifestando que éste contaba con la aprobación de la Junta Directiva de la empresa.

Sobre el precio del aguardiente advierte que hasta el momento en que se realizó el dicho convenio "...no existia decreto de alza de licores". Respecto al pago parcial que hiciera Herrera con anterioridad a la firma del convenio, el declarante manifiesta no conocer nada, dado que ello se realizó cuando estaba al frente de la gerencia Celino Martínez. Al preguntársele por qué en la investigación se afirma que el pago anticipado se hizo por solicitud suya a través del jefe de mercadeo Héctor Perea, niega conocer cualquier cosa al respecto lo mismo que el cabal cumplimiento del convenio.

3.3. Luis Emiro Asprilla Mosquera (Secretario de Hacienda folio 54 vuelto)

Acepta haber firmado los Decretos 695 y 696 del 26 de julio de 1991 pero manifiesta desconocer al autor de la enmendadura que presenta el primero de ellos, resaltando la imposibilidad de que el escrito tuviera dicha alteración antes de que lo suscribiera pues la fecha y el número de orden se colocan después de cumplida esta formalidad en el despacho de la Gobernación.

Sobre el contenido del Decreto 659; su fecha de aplicación; la fecha en que se notificó al gerente de la Licorera sobre el incremento en el precio y en el impuesto al consumo del aguardiente Platino; la razón que se tuvo para adulterar el decreto; y el contenido del convenio firmado entre la Licorera y Herrera, manifiesta no saber nada. Apenas suministra el nombre de Secundina Moya como la persona que recepcionaba los documentos en su despacho.

En ampliación de su declaración (folio 473, cuaderno original No. 2) no aportó ningún dato nuevo.

3.4. Luis Celino Martínez Bejarano (ex gerente de la Licorera folio 183)

Luego de explicar los motivos por los cuales se retiró de la gerencia de la Fábrica de Licores del Chocó, se le exhibe el recibo de caja No. 0397 del folio 8 y la factura No. 0609 del folio 9 cuyas transacciones allí contenidas reconoce, pero respecto del precio del aguardiente para tales fechas -24 de julio de 1991- dice textualmente:

"Sale un decreto de aumento del precio del aguardiente y en esa época se tenía programada una venta y de la Gobernación recogen el decreto de aumento del precio del aguardiente, la empresa hace la venta del aguardiente y a los dos días, me parece que fue el día jueves o mejor, el viernes en la tarde, saca un nuevo decreto la Gobernación, de aumento de precio del aguardiente, me parece que es el No. 659, ese es el que recoge la Gobernación en la empresa, se le reclaman a la secretaria Elsy, quien es la secretaria actual del Gerente. La venta se iba a hacer al precio nuevo y ahí es donde recogen el decreto del aumento y cuando (sic) se hace esa venta, me parece que es la que está consignada en la factura y en el recibo de caja que se me enseñan, entonces al recoger el decreto, quedaron vigentes los precios viejos. A los dos

días de haber hecho esta venta, sacan un nuevo decreto que es el del aumento y en esa sola venta, la empresa pierde treinta millones de pesos aproximadamente, ahí es cuando me pregunté: Por qué sacan un decreto un determinado día y a los dos días: ah no, hay que aclarar. Por qué cuando sacaron el decreto, lo recogen y a los dos días, vuelven y sacan el decreto. El decreto que recogen, me parece que es el 659, claro que yo puedo conseguir el número, pero ese decreto, ese número de decreto no aparece en ningún archivo ahora, en el archivo de la Gobernación, yo verifiqué eso. Es que del 658, se salta al 660, me parece. Del nuevo decreto no recuerdo el número." (folio. 185).

Preguntado sobre quién autorizó recoger el decreto señala que el único que pudo hacerlo fue el Gobernador y que se recogió de Hacienda y de la Fábrica, advirtiendo que tal labor la cumplió el mensajero, aunque no recuerda el nombre del funcionario. Explica que la persona que recibió el Decreto 659 en la Empresa de Licores fue la Secretaria del Gerente, señalando que existen dos libros en los que se registra la entrega de los decretos: uno que lleva quien va a hacer la entrega del documento; y otro, que debe existir en la empresa, radicador de recibo de decretos.

De otro lado aclara que la única responsable por la pérdida del original en el archivo de la Gobernación es la Jefe de la Sección, Amanda Lozano y que él se dio cuenta de la adulteración cuando fue a solicitar una copia del Decreto 659, observó uno en el que la parte superior estaba borrada con corrector, colocándosele encima otro número "...pero por atrás se presume que debe ser el 659...".

Posteriormente amplió su testimonio (folio 245) aportando una copia al carbón del Decreto 659 de 1991 (folio 239), que obtuvo del mensajero de la Gobernación cuando ordenaron recogerlo, lo que se había hecho en ocasiones anteriores cuando se trataba de los decretos de aumento o de dar información a los comerciantes sobre inminentes incrementos en el precio del aguardiente. Advierte que siempre que se pensaba en un alza de este tipo la decisión se tomaba de consuno con la Licorera, hecho que no sucedió en el presente caso.

Afirma, por último, que como Herrera había manifestado que no iba a comprar la producción de julio, él, como gerente de la Licorera lo ofreció a varios comerciantes de Quibdó, lo que hizo que Herrera se interesara en presentar su propuesta y que el propio Gobernador desautorizara las demás.

3.5. Secundina Moya Palacios (Secretaria del Secretario de Hacienda, folio 186)

Confirma que solamente después de haberse recaudado las firmas del Gobernador y del Secretario de Hacienda, se les coloca a los Decretos la fecha y el número de orden en el Despacho del primer mandatario departamental, quedando el original en la sección de Archivo de dicho Despacho, enviando las copias a las oficinas respectivas.

En ocasiones los mandan a recoger porque equivocadamente les colocan una fecha o un número que no les corresponden, aunque no es usual. Sobre el Decreto 659 recuerda que lo pidió la Jefe de la Sección de Archivo, Amanda Lozano.

3.6. Everth Neiderd Moreno Palacios (empleado de la Gobernación folio 242).

Señala a Amanda Lozano como la autora del manuscrito que se encontró adherido al original del Decreto 658, visible a folio 40 ("Decreto 659. Lo mandó a recoger el Doctor Augusto"). Niega que hubiese sido costumbre hacer tal cosa con los decretos pues lo que se hacia era derogarlos y finaliza su declaración explicando cual era el procedimiento del trámite de la documentación que se movía por las dependencias de la gobernación.

3.7. Amanda Lozano de Vásquez (Jefe de archivo - folio 308)

3.7.1. Asegura que no solo en la administración del imputado sino también en las anteriores eran frecuentes las equivocaciones en los decretos, pues a veces, inconscientemente, se cambiaba el fechador o el numerador, debiéndose colocar el número para enmendar el error. No reconoce a quien pertenece la letra que aparece en el escrito que obra a folio 40 y señala que si fuera de alguien de archivo debería llevar la firma, y señala no acordarse de que él (gobernador) le hubiera dado la orden de recogerlo, aunque, de todas maneras, tan solo ella pudo haber mandado recoger el decreto de autos, para rectificar una posible falla en la fecha o en el número de orden. Luego explica que si no se encontró en el archivo el 659 fue simplemente porque se le cambió por el 695 ya que por aquel entonces se encontraba viajando el Gobernador a Nuquí o a Bahía Solano, razón por la cual no podía aparecer firmando cuando no se hallaba en la ciudad.

3.7.2. En su indagatoria, visible a folio 415, aduce que debido a la cantidad de decretos que le enviaban diariamente para fecharlos y numerarlos, continuamente se presentaban fallas, utilizando el corrector para hacer las rectificaciones del caso. De todas maneras, ningún decreto se numeraba hasta que no estuviera firmado por el Gobernador.

En lo que se refiere al documento materia de este proceso, asegura que le dijeron (no recuerda quién) que ese decreto, firmado ya por el primer mandatario departamental, no lo podía sacar ese día, ni mucho menos repartirlo, pues tenía que esperar a que se expidiera otro, "para que salieran juntos". No obstante, como ya lo había numerado y repartido, lo mandó a recoger por la orden que se le había dado y lo guardó en el archivo hasta nueva orden. Advierte que como no le remitieron inmediatamente el otro decreto, tuvo que borrarlo con corrector, para colocarle la numeración que correspondía ese día, aclara que eso lo hizo en cumplimiento de su deber y obrando de buena fe y aunque no recuerda exactamente cuantos días transcurrieron entre la recuperación del decreto y la nueva fecha, si rememora que fueron varios.

A raíz de la expedición de la Ley 81 de 1993 y dado que la incriminada no se encontraba amparada por fuero alguno, la Fiscalía declaró la ruptura de la unidad procesal, disponiendo la expedición de copias para que el funcionario competente iniciara la respectiva investigación de su conducta por separado.

3.8. Rodolfo Alberto Mena Palacios (Secretario General de la Gobernación - folio 313 -), rindió su declaración por certificación jurada en razón de encontrarse ocupando el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Tadó (Chocó).

Recuerda la expedición del decreto sobre incremento del impuesto al consumo y al precio de venta del aguardiente Platino, que señala fue recogido por orden del Gobernador en consideración a que él lo firmó el día que llegó de una comisión, cuyo sitio no evoca, pero la secretaría le anotó la fecha de elaboración, por lo que era necesario corregirlo, previa la colocación de corrector a la fecha errada que tenía a máquina.

En ampliación de la declaración, hecha ya de manera personal, (folio 457 vuelto) varía su anterior versión para afirmar ahora que en una de las sesiones de la Junta Directiva de la Fábrica de licores del Chocó del mes de julio en la que él participó se acordó la venta de la producción de ese mes al señor Jairo Herrera. Indica que a continuación se discutió sobre el alza del precio del aguardiente, por lo que luego se elaboraron los respectivos decretos, iniciándose con el relativo a los vinos y espumantes, colocándose en circulación en las diferentes dependencias de la gobernación.

Explica que al llegar ese Decreto a la Secretaría de Hacienda, el asesor Héctor Abel Córdoba se percató de la ausencia del que ordenaba el alza del precio del aguardiente, autorizándose entonces ese aumento y la corrección de la fecha del otro decreto, pues, dice, esas fechas deben ser iguales, y si hay intervalo, el primero que debe regir es el del alza del aguardiente.

Luego de informar que la expedición del nuevo decreto y la corrección del otro, se hizo al regreso de una comisión fuera de Quibdó, intenta explicar, desde el punto de vista de la conveniencia económica la razón por la que deben expedirse simultáneamente tales decretos o por lo menos primero el del aguardiente, para finalizar señalando que el decreto corregido nunca tuvo vida jurídica porque se demoró en la sección de archivo y cuando se llevó a la Secretaría de Hacienda no se había promulgado; prueba de ello es que nadie tuvo conocimiento de él.

3.9. Daniel Palacios Martínez (ex Gobernador del departamento).

Señala que se desempeñó como Gobernador del departamento desde el 24 de agosto de 1990, hasta el 13 de junio de 1991. Explica que en el mes de diciembre de 1990 promulgó el decreto de aumento del impuesto al consumo de licores, advirtiendo que primero se expide el que eleva la renta del aguardiente Platino y luego el de los vinos, pues el producto principal del departamento es el aguardiente y de los vinos solo se cobra la estampilla que autoriza su venta en el territorio.

Aclara la inconveniencia de expedir primero el decreto que aumenta la renta de los vinos y espumosos, pues el mayor ingreso gravable del departamento proviene del aguardiente no de los vinos, por lo que la tradición jurídica del departamento es que no surte ningún efecto jurídico el aumento de los vinos y espumosos, si no se ha fijado primero el del aguardiente, lo que se sostiene en que el Código Fiscal del departamento regla el impuesto al aguardiente, mientras que los vinos se consideran productos secundarios. (folios 456 vuelto y 457, cuaderno original No. 2)

3.10. *Héctor Abel Córdoba Palacio (folios 468-469, cuaderno original No. 2).*

Desempeñó el cargo de profesional especializado de la Secretaría de Hacienda durante la administración del gobernador Augusto Cicerón Mosquera, en desarrollo de lo cual se enteró de la expedición de los Decretos 695 y 696 de julio de 1991, cuyo procedimiento explica:

Relata que con fundamento en la Ley 14 de 1983 y en un documento del Departamento Nacional de Estadística se realizaban con periodicidad de 6 meses, alzas en los impuestos de los licores nacionales y extranjeros, los vinos nacionales, extranjeros, espumosos y espumantes, para lo cual se hacían las respectivas proporciones matemáticas y luego se elaboraban los proyectos de decreto, uno de impuesto al consumo y otro de nuevo precio del aguardiente.

Señala que él le advirtió al Gobernador sobre el procedimiento erróneo en que se había incurrido al firmar por separado el decreto de aumento del impuesto al consumo de los vinos y aperitivos, pues no podía salir aislado sin el del aguardiente y los licores que es la base para calcular el de los vinos, por lo que sugirió recoger el decreto y expedir uno nuevo que se ajustara a la Ley 14, a lo que accedió el Gobernador, aunque aplazó la expedición del nuevo decreto hasta su regresó de Nuquí.

Finaliza explicando que el decreto de los vinos no podía salir sin que existiera el de licores nacionales y extranjeros, porque el documento del DANE solo se refiere a los nuevos precios de las botellas de 750 centímetros cúbicos, por lo que es a partir de este que se calcula el impuesto de los vinos y no al revés.

3.11. *Ceilún de Jesús Córdoba Cuesta y José Brandly González Bermúdez (folios 471 y 472).*

Ex funcionarios de la división de rentas del departamento que únicamente aportan su conocimiento de oídas sobre la recolección del decreto que fijaba el impuesto a los vinos.

3.12. *Gonzalo González Hinestroza (folio 474) y Evaristo Rojas Mena (folio 476 vuelto).*

El primero se desempeñó como asesor del gobernador durante las administraciones de Daniel Palacios Martínez y Augusto Cicerón Mosquera

Córdoba, por lo que puede explicar que las razones para la expedición simultánea de los decretos que elevaban el precio del aguardiente y fijaban el impuesto de los vinos nacionales y extranjeros, son de pura conveniencia económica, pues la expedición de uno solo de los actos impulsaría el acaparamiento del otro producto, pues resulta obvio que el otro producto también va a subir. El segundo que se desempeñó como Secretario de Hacienda departamental durante la gobernación de Palacios Martínez reitera la conveniencia económica de la expedición de los dos decretos simultáneos, porque el valor del aguardiente jalona los otros precios.

4. La Versión Libre

En lo que se refiere a la primera (folio 57), el imputado reconoció al inicio de la diligencia estar enterado del motivo de la misma, por la publicación en un periódico de circulación regional de la noticia sobre la denuncia que en su contra había presentado el señor Aymer Wideman Trejos, quien lo acusó de cambiarle fecha y número a un decreto para favorecer en el precio del aguardiente Platino a un distribuidor de tal producto que había adquirido la producción del mes de julio al precio antiguo.

A continuación explica el origen de la decisión de incrementar el precio del aguardiente, lo que se hizo con base en un oficio del Departamento Nacional de Estadística. Sobre el procedimiento de expedición de los decretos, señaló que primero los suscribe el Secretario de Hacienda, luego son enviados para la firma del Gobernador y enseguida se llevan a la sección de Archivo del Despacho para que los numeren, les coloquen la fecha respectiva y se distribuyan a las distintas dependencias.

Recuerda a continuación que a su regreso de Nuquí (Chocó), firmó una serie de actos administrativos que estaban pendientes de su rúbrica, entre los que se encontraba el de la Empresa de Licores, pues antes de partir hacia ese municipio se adoptaron algunas decisiones para la "compra" de la producción de aguardiente correspondiente al mes de julio. Advierte que en el mes de junio, la Junta Directiva de la licorera acordó ofrecer por última vez a Jairo Herrera Maya la producción de 7.000 cajas de aguardiente Platino del mes de julio, sin descuentos a un precio unitario de $27.030.oo.

Sobre el proceso de expedición en concreto de los decretos que fijaron tanto el impuesto como el precio de venta del aguardiente Platino, relata lo siguiente: Ubica, con seguridad, la fecha de promulgación el 26 de julio de 1991, lo que afirma en su regresó del municipio de Nuquí para tal época. Al exhibírsele los Decretos número 695 y 696 del 26 de julio, reconoce la firma puesta en ellos como suya, y al ser advertido de la adulteración del número 695 la explica afirmando que la imposición de la fecha y número no es actividad propia del gobernador sino de la funcionaria encargada de la oficina de archivo y correspondencia, aunque aclara que el error pudo

cometerse porque primero debe numerarse el que fija el impuesto al consumo y luego el que establece el valor final del aguardiente.

Enfrentado a la evidencia de que la fecha y número original del decreto eran 18 de julio y 659, respectivamente, aclara que para esa época no pudo haberse numerado el decreto por cuanto él se encontraba en Nuquí, a donde se había ido desde el 17 de julio y de donde no regresó hasta el 25 de julio e insiste en el caótico manejo de la numeración y data de los decretos departamentales, reafirmando que su responsabilidad culminaba con la firma del acto administrativo.

La negociación con el señor Herrera la explica en los siguientes términos: Que el comerciante solicitó desde el 6 de junio de 1991 que se le tuviera en cuenta para la negociación, haciendo valer su condición de ofertante para pago de contado y su anterior colaboración con la licorera en momentos de crisis, cuando pagaba por adelantado la producción; a lo anterior se sumó la adjudicación el 17 de julio de la licitación 001, que por trámites burocráticos dejaba en el limbo la venta de la producción de ese mes, por lo que finalmente, mediante oficio del 23 se le informó a Herrera Maya que no se habían vendido las 7.000 cajas del mes de julio y que si estaba interesado lo hiciera saber, sobre un precio unitario por caja de $27.030.oo.

De acuerdo a lo anterior, Herrera Maya propuso comprar el aguardiente en dos tandas, 4.200 cajas el 26 de julio por $65.074.800.oo y 2.800 en el mes de agosto por $43.383.200.oo, adquisición de este último lote que se formalizó el 13 de tal mes, sin embargo, la suscripción del compromiso se demoró dos (2) días, dado que se hizo el veintiséis (26) de julio, mientras procedía a corregir unas anomalías causados por Luis Celino Martínez Bejarano, gerente encargado de la licorera, quien al darse cuenta de que el no iba a ser confirmado como Gobernador, trató de demorar la firma de los compromisos ya adquiridos, por lo que hubo de ser cambiado por otro funcionario; finalmente agrega que el comerciante no se lucró con la compra del aguardiente al precio anterior ya que él, a su vez, se lo vendió a los comerciantes teniendo en cuenta el mismo monto.

5. *La indagatoria. (folio 247)*

En esta diligencia repite sus explicaciones sobre la venta sin descuento realizada a Herrera en julio, hecha a instancias de la Junta Directiva de la Licorera ya que se estaba a mitad de mes y no había sido colocada en el mercado. El 17 de julio de 1991 se decide venderle la producción y por ello el 23 de julio, mientras se encontraba en viaje oficial a Nuquí se le hace la propuesta a Herrera quien acepta las condiciones y el 24 siguiente cancela el precio de las primeras 4.200 cajas. No obstante, el convenio se formaliza por escrito sólo hasta el 26 por el gerente encargado Fernando Córdoba Ibarguen ya que el titular había sido reemplazado por su negativa a aceptar la decisión de la adjudicación de la licitación No. 001 a Herrera, y

dejó sin firmar el convenio que se había elaborado con fecha veinticuatro (24), lo que obligó por cambio del nombre del gerente a elaborar uno nuevo dos días después.

Menciona la autorización que la junta directiva de la licorera emitió el 17 de julio para vender la producción de ese mes, conforme se había hecho en ocasiones anteriores, destacando la costumbre de dividir la venta por tandas, dependiendo de la producción o de la demanda. Hace notar, en todo caso, que Herrera pagaba de contado como una manera de ayudar a la empresa en el manejo de su iliquidez.

A renglón seguido explica el procedimiento de alza del precio del aguardiente, señalando que se adoptó el 26 de julio, destacando la reserva con la que se hizo para evitar que compradores ocasionales se beneficiaran de la información.

Respecto a la enmendadura del decreto en comento, en un primer momento, advierte que la numeración y el número de orden corresponden a la fijada en la Sección de Archivo de la Gobernación, por lo que su manejo se sale de las manos al primer mandatario departamental.

Enfrentado a la evidencia de que su comisión al municipio de Nuquí lo fue del 19 al 24 de julio, explica que no puede asegurar la vigencia del Decreto 659 a partir del 18 de julio, aunque considera posible que se haya cometido algún error con tal acto y luego corregirlo de "manera tan ortodoxa" pues para su vigencia es menester recoger primero las firmas y luego sí sellarlo y numerarlo, y tampoco puede asegurar si lo dejó firmado antes de irse o no.

Del señalamiento que se le hace de haber mandado a recoger el Decreto 659 a las diferentes dependencias a las que se les habían suministrado las copias respectivas, explica que se debió al interés de tener presente la secuencia de sus actos y a verificar si había sido puesto en circulación, aunque niega que la nota manuscrita hallada adherida al Decreto 658 sea de su autoría.

Finaliza negando que funcionarios de su administración hayan recibido prebendas económicas por la adjudicación de la licitación 001, atribuyendo tal rumor a la idiosincrasia de las gentes de su departamento que siempre intentan enlodar la moral de los demás.

5.1. *Ampliación de la indagatoria (folio 454).*

En esta diligencia, solicitada por el propio sindicado, afirma que por un error cometido con la vigencia del decreto que establecía el impuesto al consumo de los vinos nacionales y extranjeros, del que fue advertido por un asesor del despacho del Secretario de Hacienda, pues tal decreto no podía entrar a regir sin determinarse el nuevo precio del aguardiente y el que señalaba el impuesto al consumo de ese licor, ya que, explica, el uno

es prerequisito para poder cobrar esos impuestos, verbalmente ordenó recoger el decreto que ya había sido enviado a las Secretarías de Hacienda y a la Empresa de Licores del Chocó, destacando el cumplimiento inmediato de la orden con lo que se evitó la publicidad del mismo.

Relata luego su viaje a Nuquí y afirma que por consejo del equipo económico de la gobernación se aplazó la expedición de los decretos hasta que regresaran del viaje, para no entorpecer el proceso licitatorio para la adjudicación de la distribución del aguardiente platino.

Reitera a continuación lo del ofrecimiento de la producción del mes de julio al señor Jairo Herrera y la posterior negociación con él, hechos que ubica entre el 22 y 23 de julio, por lo que luego, el 26, impartió la orden de expedición de los decretos del precio del aguardiente y el respectivo impuesto al consumo así como del decreto que antes se había recogido.

Finalmente reclama que se observen los Decretos 695 y 696 (folios 281 a 284) para concluir que el segundo no fue adulterado, mientras el primero sólo lo fue en su fecha y numeración pero su contenido se mantuvo intacto, reiterando que su expedición debía ser simultánea con el 696, pues resultaría inocuo sin éste.

6. La Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, decidió la situación jurídica al indagado dictándole medida de aseguramiento de detención preventiva como determinador del delito de falsedad material de empleado oficial en documento público.

7. Prueba Documental

7.1. Constancia visible a folio 113, expedida por el Jefe de la División de Personal de la Gobernación del Chocó, en la que se señala que el imputado ejerció el cargo de gobernador de dicho departamento, a título de encargo, entre el 17 de junio y el 29 de julio de 1991. Corroborando lo anterior se allegó fotocopia auténtica del acta de posesión (folio 115), así como del Decreto 1504 de 13 de junio de 1991 en el que se acepta la renuncia del Gobernador titular y se encarga de la Gobernación a Mosquera Córdoba (folio 121).

7.2. Decretos (fotocopias auténticas)

7.2.1. No. 645, del 15 de julio de 1991: Ordena comisión oficial del imputado, en compañía de otros funcionarios para trasladarse a Nuquí, en el lapso comprendido entre el 19 y el 22 de julio de 1991. Luego, mediante Decreto 676 de 24 de julio del mismo año, prorroga la comisión por un día más. (folios 99 y 101).

7.2.2. No. 659, del 18 de julio de 1991: (copia al carbón; Los sellos y la firma del secretario de Hacienda son originales. La Firma del Gobernador es al carbón) La proporcionó el denunciante. Se expidió para fijar el impuesto de consumo de licores para el segundo semestre de 1991. Se allegó a folio 239.

7.2.3. 696, del 26 de julio de 1991: Fija el precio de venta del aguardiente Platino, quedando en treinta y tres mil pesos ($33.000.oo) la caja de 12 botellas de 750 centímetros cúbicos. El original se allegó a folios 73 y 74 cuaderno de la Corte.

7.2.4. 695 del 26 de julio de 1991: Señala el valor del impuesto al consumo de licores para el segundo semestre del año (folio. 42). El original se encuentra a folios 71 y 72 del cuaderno de la Corte.

7.2.5. 671 del 19 de julio de 1971: Confiere una comisión de estudios (folio 36). Otros decretos se allegaron de los expedidos entre el dieciocho y el veintitrés (23) de julio, tiempo durante el cual Mosquera se encontraba en Nuquí (folios 144 y s.s). También se agregaron los textos de los expedidos en los dos días siguientes, que van desde el 676 hasta el 691 (fols. 166 a 182).

7.3. Manuscrito en el que aparece escrita la siguiente leyenda: "Decreto 659. Lo mandó a recoger el Doctor Augusto". Fue encontrado adherido al original del Decreto 658 de julio 18 de 1991 (folio 40).

7.4. Certificación expedida por el DANE el 3 de julio de 1991 sobre el precio promedio nacional de la botella de 750 centímetros cúbicos (folio 47).

7.5. Convenios realizados entre la Empresa de Licores del Chocó y Jairo Herrera Maya sobre la cantidad y el precio de venta del aguardiente Platino, con las respectivas facturas que respaldan su cumplimiento (folios 67 y s.s). Se destaca el visible a folio 85 del 26 de julio de 1991, en el que la Licorera promete venderle 7.000 cajas de aguardiente "...al precio vigente que tiene el aguardiente Platino al momento en que se firme éste; es decir veintisiete mil treinta pesos (sin descuentos).".

7.6. Misiva de la Empresa de Licores del Chocó, fechada el 23 de julio de 1991 dirigida a Jairo Herrera Maya, en la que le informa que hasta el momento no ha vendido las 7.000 cajas de aguardiente Platino correspondientes al mes de julio por lo que le solicitan informe si está interesado en adquirirlas a fin de hacer las diligencias pertinentes, informándole que el precio de venta es de $27.030.oo, sin descuentos (folio 77).

7.7. Libro radicador de decretos, en cuya página 36 (folio 141) aparece en el espacio correspondiente al Decreto 659 enviadas a la "Fábrica" 3 coptas, recibidas por Julio Garcés, y otras tres (3) a "H", recepcionadas por "Secundina".

8. Prueba pericial

Realizada por el Laboratorio de Grafología y Documentología del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, confirma la adulteración del Decreto 695, en su número y en su fecha, por medio del método de "cubrimiento para sustituir lo plasmado originalmente" que utilizando

corrector líquido permitió sobre escribir otras fechas encima de las originales (folios 278-280).

Luego se aclaró el dictamen por algunas inconsistencias secundarias, cuyos resultados obran a folios 67 y siguientes del Cuaderno de la Corte.

9. Calificación del Sumario

Cerrada la instrucción la Unidad de Fiscalía calificó el mérito del sumario disponiendo precluir la investigación por los hechos ocurridos en el transcurso de la licitación 001 de 1991 y por los relacionados con la venta que la Empresa de Licores del Chocó efectuó en julio de 1991, al tiempo que formuló resolución de acusación como presunto responsable de un delito de falsedad material de empleado oficial en documento público.

10. La Audiencia Pública

10.1. En el interrogatorio al procesado aclara que previo a un encuentro de alcaldes municipales que se realizó en el municipio de Nuquí procedió a la revisión de toda la documentación pendiente en su Despacho y que dentro de la que se le pasó estaba el decreto que fijaba el valor del impuesto al consumo de los licores nacionales y extranjeros para el segundo semestre de 1991, que "...nada tenía que ver con el proceso de los licores correspondientes al Departamento del Chocó...".

Luego asegura que mandó a recogerlo por insinuación de Héctor Abel Córdoba, asesor de la Secretaría de Hacienda, quien le hizo caer en cuenta que no podía expedirlo sólo pues, según la tradición del departamento, siempre salía simultáneamente con el que fijaba el precio de venta en fábrica para el Aguardiente Platino.

Así lo hizo en el entendimiento de que aún no había salido a la luz pública, ya que como no existe un medio que permita publicarlo, se entiende que entra en vigencia "...cuando ya está repartido en todas las instancias...", entendidas no sólo la Secretaría de Hacienda y la Licorera (lugares a los que reconoce llegó el decreto), sino a todas las Secretarías Departamentales. Incluso llama la atención acerca del desconocimiento que sobre el decreto tuvo el propio Gerente de la Empresa de Licores pues tan sólo llegó hasta la Secretaría de la dependencia oficial.

Insiste en explicar que su orden se limitó a que el decreto fuera recogido pero en ningún momento ordenó que se le cambiara la fecha o la numeración pues como no había tenido la publicidad del caso consideró que no había necesidad de ello; afirma que la decisión de la variación de la fecha y número fué de la funcionaria que posteriormente fue absuelta, pues él solo pretendía que se recogiera el decreto para esperar a que escribieran el otro decreto y se emitieran los dos simultáneamente, pues no había ninguna obligación, a partir del documento del DANE, de expedir inmediatamente esos actos administrativos y las fechas eran potestativas de la administración departamental.

Considera también que todo se debe a una venganza del denunciante quien, cuando estuvo al frente de la fábrica departamental de licores, cometió una serie de irregularidades, hecho que lo llevó a poner el caso en conocimiento de las autoridades, consiguiendo una sentencia condenatoria de su parte.

10.2. Durante la audiencia también se escuchó la declaración de Miguel Angel Lozano Córdoba, ex gobernador del Chocó, quien no suministró ningún dato concreto, excepto lo relacionado al trámite que tienen los decretos para su expedición, haciendo énfasis en que la numeración y la fecha las coloca una secretaria luego de recogerse las firmas de los funcionarios a que haya lugar; advierte que ante la inexistencia de una Gaceta Departamental que permita su divulgación y con ella entre a regir, se entendía que el decreto adquiría plena vigencia en la fecha de su expedición. Sobre la expedición simultánea de los decretos de incremento del precio del aguardiente y de los demás licores, explica el procedimiento en razones puramente comerciales de prevención de acaparamientos y especulaciones con el licor.

De igual manera brindó sus explicaciones Arturo Ferrer Carrasco, quien en su calidad de ex Gobernador del Chocó, también ilustró a la Sala sobre el procedimiento a seguir, en sus palabras "rudimentario", en la expedición de los decretos: señala que en vista de la inexistencia de archivos o gacetas oficiales, la publicidad se canalizaba a través de la Secretaría General, luego de numerarse y fecharse. Respecto al momento en que entraban a regir contó que durante su administración se fijaban en una cartelera a la entrada de la oficina del Gobernador.

En lo atiriente a la elaboración de los actos relacionados con el impuesto al consumo y a la venta de licores, advirtió que son diferentes y se fijan de acuerdo con una certificación proporcionada por el DANE, aunque advierte que pueden ir en un solo decreto, pero destaca que cualquier Gobernador una vez llega el documento del DANE procede casi inmediatamente a la elevación de los impuestos para proceder a su cobro lo más pronto posible.

10.3. La Fiscalía destaca que en el caso materia de estudio no se trató de recoger un decreto para enmendar un error, sino de hacerlo en todas las dependencias a las cuales fue enviado y luego alterar materialmente su contenido. Rechaza la versión del implicado acerca de que para entrar a regir los decretos debían haberse recibido en todas las Secretarías de la Gobernación, pues esa es una versión nueva que no había expresado ni en su indagatoria ni en su ampliación, cuando lo obvio es que son las oficinas interesadas (Hacienda y Licorera) las que deben enterarse de la determinación, porque eran las encargadas de ejecutar el mandato, y precisamente fué allí donde llegó el mencionado decreto, por lo cual y dado que tenía la fecha dieciocho de julio y en ese día se había recibido en dichas dependencias, se ha de entender que desde ese mismo día adquirió plena vigencia.

La Fiscalía llama la atención sobre lo sucedido en el lapso entre la expedición del Decreto que incrementaba el impuesto al consumo de licores y el que fijaba el nuevo precio de venta en fábrica del aguardiente Platino. Días después, el 23 de julio, se le vendió a un particular (Herrera Maya) la producción de aguardiente del mes de julio al precio antiguo, con lo que se descarta el simple error de una secretaria.

Aunque reconoce que el incremento de los impuestos y los precios de venta de los licores es una decisión política y que es explicable que se hubiese tratado de favorecer con dicha decisión a Herrera porque en épocas de crisis había dado su apoyo eficaz a la Licorera, también advierte que su comportamiento es punible pues no debió alterar un documento que ya había sido expedido y había entrado a regir, habiéndolo hecho a plena conciencia pues su trayectoria de abogado, parlamentario y trabajador de la Contraloría lo prevenían sobre el alcance punible de sus actos.

De otra parte encuentra explicable la exoneración de Amanda Lozano pues si bien ella realizó materialmente la conducta, lo cierto es que lo hizo por mandato del procesado. Finaliza su intervención solicitando sentencia condenatoria para el imputado no sin antes rechazar el carácter de inocua que se le pretende endilgar a la falsedad cometida.

10.4. El Ministerio Público hizo énfasis en los que él denomina "elementos distractivos" que han ido apareciendo en el decurso de la investigación y que inciden tanto en la tipicidad como en la culpabilidad.

El primero de ellos, es el de la modalidad utilizada en la Gobernación del Chocó para expedir los decretos. Aunque se alegue esta circunstancia, no puede olvidarse que el suceso investigado se refiere a un documento que reúne todas las características de tal y que posee una plena capacidad probatoria, lo que lo hacía inmutable, pudiéndose variar sus efectos mediante los mecanismos previstos por la ley para estos casos. Si ello no fuere así, desaparecería la seguridad jurídica predicable de todo documento de este tenor, y dejaría de existir el delito de falsedad en documento público.

Otro elemento distractor es la afirmación del Gobernador en cuanto a pretender la corrección de un error. Al respecto llama la atención sobre "...cómo es que debe entenderse el error para que proceda allí la atipicidad de la conducta de acuerdo a la estructura del delito que se quisiese manejar: a la inculpabilidad, o si se quiere, con un tipo complejo, hasta la justificante.".

Pero el error que ha admitido la doctrina es el que se hace para reivindicar la verdad porque fue equivocada. Pone como ejemplo que si el funcionario con buena fe escribe equivocadamente 20 de octubre cuando correspondía el 19, evento en el cual es admisible la corrección porque con ella se recobra la verdad.

No obstante, en este caso, a su juicio, la alteración no se produjo para que quedara la verdad sino para reemplazarla por la no verdad, pues lo

que se quiso fue que figurara una fecha distinta a la que en realidad le correspondía al documento.

Luego de referirse al bien jurídico de la Fe Pública, se pregunta la Procuraduría si el procesado, además de ser consciente de que mutaba la verdad de un documento público, también lo era respecto del carácter que este tenía como medio de prueba. Sobre el particular da una respuesta positiva centrándose en el cambio de fecha, dado que este lapso tiene incidencia jurídica como, por ejemplo, el haber dejado de cobrar los impuestos que se causaron entre el 18 y el 26 de julio.

Enseguida aborda el tema de la presunta falta de experiencia del procesado para destacar su condición de abogado, poseedor de los suficientes conocimientos jurídicos para entender los alcances de una alteración a un documento público. Y aunque reconoce que los Antecedentes del procesado dentro de su núcleo social han de tenerse en cuenta, ellos sirven para hablar de su personalidad pero no para anular la decisión que se tome de delinquir. Por consiguiente dado que se probaron a plenitud los cargos imputados, solicita una sentencia condenatoria.

10.5. En uso de la palabra intervino el procesado para aclarar que el decreto adulterado nada tenía que ver con el del precio del aguardiente pues gravaba lo relativo a los vinos espumosos. Por tanto, independientemente del día en que hubiese realizado la transacción con Herrera Maya, no se vería afectada de ningún modo dado que el decreto que tenía capacidad para hacerlo fue expedido después de que comprara el aguardiente.

Luego reitera que fue por consejo de Héctor Abel Córdoba, experto en estos menesteres, que realizó la acción que hoy se le endilga. Su consejo fue el de "...esperar a que se evalúe y se saque el correspondiente decreto del impuesto al consumo porque este es el básico para el departamento del Chocó.". Luego advierte que si hubiesen sido de conocimiento público los impuestos a dichos vinos espumosos se hubiese creado un pánico en los compradores y esto se vino a ver precisamente cuando estaba en la ciudad de Bogotá atendiendo el fallecimiento de su señora madre.

Más adelante recuerda que en aquellos tiempos se decía que le iban a hacer lo mismo que él venía haciendo en el departamento, esto es, denunciar las irregularidades que allí se cometen; y asevera que el decreto de autos no tenía la importancia que se le quiere dar pues con él no se afectaban las finanzas del Chocó y todo se debió a las actuaciones del Gerente de la Licorera de aquella época quien respondía no al Gobernador sino a intereses políticos, por lo que se dedicó a "enmarañar" el asunto.

A una pregunta de la Sala sobre si el decreto adulterado se refería al aguardiente o a los vinos, aclara que solamente a los segundos. Luego, cuando se le inquiere si la transacción con Herrera se hizo antes o después de proferidos los decretos, el procesado advierte que se hizo anticipadamente a su expedición.

10.6. Finalmente en la audiencia intervino el defensor, quien reitera que el decreto en comento se recogió a instancias de Héctor Córdoba quien le recomendó al imputado que diera la orden pues se rompía la tradición de expedir al propio tiempo el de impuesto al consumo

Luego se refiere a la actuación de Amanda Lozano resaltando que a ella le pareció más fácil tachar la fecha y el número para hacer el empalme con el otro decreto, sin que para esto recibiera instrucciones de Mosquera informándole simplemente que todo estaba listo para enviarlo al archivo. El Gobernador, resalta el defensor, no podía estar pendiente de todo el trámite que se le diera al decreto y confió en esta empleada.

Ahora, al cambiar la fecha, ella no midió las consecuencias de sus actos al tiempo que su defendido simplemente estaba siguiendo las recomendaciones de un experto en la materia. A más de ello le fue imposible firmar un segundo decreto merced a los compromisos que tenía que atender en Nuquí, advirtiéndole a Córdoba que elaborara el decreto de impuesto al consumo del aguardiente para suscribirlo a su regreso, lo cual hizo efectivamente, poniéndose a circular ambos decretos.

De otra parte, si no revocó el acto administrativo y expidió uno nuevo, ello se debió al consejo de Córdoba quien le aseveró "...que ese acto aisladamente de manera insular no tenía ningún efecto jurídico porque si hacía falta el decreto referente al aguardiente, entonces le creo una falsa consideración...".

A continuación resalta que ninguna persona en la investigación ha dicho que su defendido actuó con ánimo proclive de favorecer a alguna persona en particular por encontrarse en trámite un pedido de vinos espumosos, licores que son de venta escasa en el Departamento, ni tampoco se asevera que lo haya hecho en retaliación contra alguien. Simplemente se dejó llevar por la buena fe y por la confianza que le inspiraba un experto en estas lides como Córdoba. A más de que la expedición del decreto era potestativa y podía haberlo expedido en cualquier fecha.

Se detiene en la declaración de Córdoba citándolo textualmente en apoyo de sus anteriores palabras y señala que en últimas se le puede endilgar negligencia al ex Gobernador pero no intencionalidad. También recuerda las declaraciones de otros ex funcionarios como, Daniel Palacios Martínez, José Brandly González, Jesús Gonzalo Hinestroza y Evaristo Rojas, claras en advertir que el acto de expedición de estos decretos es complejo pues no puede tener vida jurídica el referente al consumo de los vinos espumosos sin el de licores y que aunque ello constituye un sólo acto, generalmente se expiden dos decretos para formalizarlo, pues éste es un apéndice de aquél.

Advierte que el decreto nunca fué de conocimiento público y que el orden no podía variar, debiéndose todo a una omisión de la Secretaría de

Hacienda, de modo que se realizó toda la conducta que se le reprocha por iniciativa de Amanda Lozano, amén de que la falsedad cometida es inocua en razón de sus efectos ya que el decreto jamás tuvo vida jurídica, pues jamás ingresó al tráfico de esta especie. Unicamente llegó a dos despachos, haciéndose en uno de ellos la aclaración pertinente y dando lugar a la corrección que dio lugar a la presente investigación.

La prueba de estas afirmaciones, según el defensor, fue que el decreto no se publicó en ninguna cartelera, tampoco se dio a conocer por las emisoras de radio, que es el medio directo para hacer pública una decisión gubernamental. Por consiguiente, si no tuvo ese efecto jurídico, mal podría decirse que se vulneró la fe pública.

En lo que se refiere a la finalidad que se le endilga a su prohijado de pretender favorecer los intereses de un particular (Herrera Maya) aclara que el decreto enmendado en manera alguna se refirió al aguardiente y el comerciante jamás compró vinos espumosos o espumantes, ni aperitivos. Por tanto, si no existía el decreto del aguardiente, mal podría incrementársele el precio el día 23.

CONSIDERACIONES

1. Se acusa al doctor Augusto Cicerón Mosquera, hijo de Neftalí y Ana Ernés, natural de Istmina (Chocó), nacido el 3 de junio de 1955, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.278.081 de Santa Fe de Bogotá D.C., estado civil soltero, grado de estudios superior, profesión abogado, ex Gobernador del Chocó, de la comisión de un delito de falsedad material de empleado oficial en documento público, consistente en haber dispuesto la alteración en su número y fecha del Decreto 659 del dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

2. La norma sustantiva que la Fiscalía General de la Nación dedujo como violada por parte del acusado, es el artículo 218 del Código Penal que sanciona con pena de prisión de 3 a 10 años al "empleado oficial que en ejercicio de sus funciones falsifique documento público que pueda servir de prueba".

Con tal calificación jurídica, la sentencia determinará que al respecto existe el material probatorio suficiente para afirmar, en los términos del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, que existe certeza sobre la existencia del hecho punible y la responsabilidad del procesado.

3. La materialidad de la infracción consiste en falsificar un documento, acción que se manifiesta, como lo ha precisado la jurisprudencia "en la creación total de un documento falso, o en la imitación de uno que ya existe, o simplemente en la alteración del contenido de un documento auténtico. Esa formación total o parcial, puede recaer tanto en documento público como en privado.

"Sobre este aspecto, se ha dicho que la falsedad total o propia, es aquella en la cual el sujeto activo crea en su integridad el documento, tanto el contenido como su procedencia, también llamada por algunos genuinidad (Tenor), de modo que lo suscribe quién en realidad no lo elaboró o se le hace aparecer como si proviniese de allí.

"La segunda forma de falsedad material es la llamada parcial o impropia, que consiste en la creación de alteraciones en un texto ya confeccionado, de tal manera que se le agregan o suprimen algunos aspectos de su contenido"[1]

Con la anterior perspectiva y con la simple observación del Decreto 695 de 1991 cuyo original aparece ocupando los folios 71 y 72 del cuaderno de la Corte, puede concluirse sin asomo de duda la materialidad de la infracción, pues aparecen evidentes las alteraciones del contenido original del documento, específicamente en los apartados referidos a su número y fecha, elementos naturales del documento.

Pero lo que es apreciable a simple vista, es además corroborado científicamente por la experticia practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en la que se da cuenta de los cambios que sufriera el referido decreto al borrársele con líquido corrector los números de orden y fecha originales, superponiéndole en su lugar el número 695 y la data que corresponde al 26 de julio de 1991.

Es cierto que en la pericia no se determinó exactamente cuál era el número que el decreto había ostentado originalmente, dado que el corrector con que se ocultó el dato original impide saberlo. Sin embargo, en el sitio donde aparece la fecha junto a las firmas (folio 72, cuaderno de la Corte) puede, visto al trasluz el documento, observarse que la fecha original que se pretendió borrar es la del 18 de julio de 1991.

Adicionalmente, con base en la copia al carbón del Decreto 659 que allegó el denunciante (folios 239-240, cuaderno original 1) no queda duda de que éste era el número original del decreto adulterado que se mutó por el 695 que finalmente ostentó, adulteración que igualmente cobijó la fecha que era la del 18 de julio y no la del 26 como finalmente quedó, pues la identidad de contenido y la repetición exacta de los espacios mecanográficos no permite conclusión diferente que la identidad de uno y otro.

Deviene de lo anterior la inequívoca conclusión de la alteración material de un documento, pues se ha demostrado que su texto original fue variado.

---

[1]. *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*, Sentencia de Casación del 6 de mayo de 1997, radicación No. 9178, Magistrado Ponente: Carlos E. Mejía Escobar.

4. Demostrada la adulteración del documento, corresponde determinar cuál es su naturaleza jurídica.

El documento adulterado es un decreto de la Gobernación del Chocó, expedido por el entonces Gobernador del Departamento doctor Augusto Cicerón Mosquera Córdoba, es decir, se trata como lo señala el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, de un documento otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo y es por tanto público.

El Decreto 659 del 18 de julio de 1991, fue expedido por quien entonces era el Gobernador del departamento del Chocó calidad que se prueba no solo con el texto del propio documento adulterado, sino con la certificación de la Jefatura de la División de Personal de la gobernación (folio 113 cuaderno original 1) que da cuenta del desempeño del procesado como primera autoridad departamental del 17 de junio al 29 de julio de 1991 y con el texto del Decreto 1504 del 13 de junio de 1991 por medio del cual el Presidente de la República encargó al doctor Augusto Cicerón Mosquera Córdoba de la Gobernación del Chocó.

Ahora bien, desde este punto de vista puede hablarse con absoluta certeza de la existencia de un documento que expresa a través de una de las formas de los actos administrativos -el decreto-, la voluntad de la administración departamental, que en ese asunto no era otra que la de fijar el valor del impuesto al consumo de licores para el segundo semestre de 1991.

Los actos administrativos se manifiestan, entre otros instrumentos, en documentos que por su origen -provienen de funcionarios públicos o de particulares investidos de la función administrativa[2]- se denominan públicos, gozando por parte del Estado de una protección especial que con apoyo en tales características, los privilegia frente a los instrumentos privados al dotarlos de presunción de legalidad y de veracidad, reconociendo al documento en el que consta el acto administrativo su naturaleza de prueba plena de que el acto es auténtico en todos sus aspectos, lugar, fecha y firma de quien lo expidió y de que el contenido certificado en ellos es cierto.

Surge entonces, a partir de su firma por parte del funcionario público competente para expedirlo, numeración y fechado, la exteriorización de la voluntad de la administración y resulta en ese preciso instante creado el instrumento que prueba el acto administrativo, que en general a partir de tal momento es obligatorio para la administración y por tanto existe como documento público.

5. La materialidad de la conducta activa que tipifica el hecho punible por el que se juzga al ex gobernador del Chocó fue realizada por la señora Amanda Lozano de Vásquez. Sobre ello no existe duda alguna, pues ella

---

[2]. Artículo 123, inciso 3°, Constitución Política.

misma reconoce en su inicial declaración, rendida bajo la gravedad del juramento, no solo ser la encargada de la colocación de la fecha y número de los actos administrativos, sino haber realizado la acción de cambiar la fecha, indicando en su versión inicial diferentes hipótesis para explicar su comportamiento, desde la presencia de un error involuntario en la numeración, por lo que era menester corregirlo, hasta la falta de firma del gobernador, por hallarse de viaje (folio 308 y vuelto, cuaderno original 1).

Según su relato el decreto en referencia nunca tuvo el número 659 ni fue expedido el 18 de julio. Estos datos se le pusieron por un simple descuido. Su verdad es que el número que le correspondía era el 695 y la fecha correcta era el 26 de julio.

La mendacidad de sus iniciales explicaciones quedan plenamente probadas al cambiar su versión aceptándolo así cuando se le llamó a rendir indagatoria.

En efecto, en tal diligencia la explicación de la adulteración no era ya haber tratado de enmendar una falencia causada por un descuido al numerarse y fecharse de manera inicialmente equivocada el decreto, sino la orden que recibiera de alguien, cuyo nombre no precisa, aunque lo ubica con seguridad como "del despacho" (folio 416, cuaderno original 1) en el sentido de que ese decreto no lo podía expedir ese día (el 18) ya que debía elaborarse simultáneamente con otro, razón que la llevó a recogerlo, guardarlo en el archivo y a esperar a que se expidiera el otro para, *motu proprio*, enmendarlo de tal forma que fecha y numeración coincidieran con el que se le había anunciado.

La hipótesis explicativa del hecho falsario adquiere en la diligencia de indagatoria visos de realidad en cuanto al itinerario de la conducta, pero pierde peso en cuanto pretende hacer creer como suya la decisión de variar fecha y numero del decreto, despropósito que se muestra evidente si se tiene en cuenta no sólo que se está frente a una empleada subalterna encargada de la fundamental aunque mecánica labor de numerar, fechar y archivar los actos administrativos, sino también que se trataba de un decreto de suma importancia como quiera que afectaba las finanzas del departamento y su expedición anunciaba un alza de los precios del aguardiente, información que podía generar operaciones comerciales especulativas.

En contraste, el material probatorio demuestra que tanto la decisión de recolección del Decreto 659 del 18 de julio de 1991, como la de su adulteración en fecha y número, corresponden a una decisión voluntaria y consciente del entonces gobernador del departamento del Chocó doctor Augusto Cicerón Mosquera Córdoba. Veamos: Su primera explicación, en diligencia de versión libre, trata de minimizar la trascendencia del problema atribuyendo el hecho a un simple error cometido por la Jefe de Archivo, aunque advierte que ello se debió a que como quiera que primero debe

salir un decreto que aumenta el impuesto al consumo y luego el que fija el precio de venta del aguardiente, muy seguramente Amanda Lozano debió rectificar el primero para conservar el orden.

En esta misma ocasión y en clara tentativa de eludir responsabilidad, asegura que para el 18 de julio no se encontraba en Quibdó, sino en otro sitio del Chocó y sólo hasta su regreso, el día 25, se expidieron los decretos tramitados durante su ausencia, exculpación que las pruebas infirmaron pues la comisión al municipio de Nuquí se dio a partir del 19 de julio y se prolongó hasta el 23 inclusive (folios 97, 99 y 101, cuaderno original 1) y según lo refieren todos los testigos, la fecha y numeración se le colocan a los decretos una vez han sido firmados por el Gobernador y por el respectivo Secretario del Despacho.

Por lo fácil que resultaba demostrar la mendacidad de sus palabras, es que en su indagatoria se retracta, señala como fecha de su partida de Quibdó el 19 de julio, y reconoce la posibilidad de que hubiera dejado algunos decretos firmados, aduciendo simplemente que no cree que el 659 hubiese entrado en vigencia por la cautela que debe tenerse frente a los comerciantes.

Ya finalmente, en diligencia de ampliación de indagatoria el procesado decide reconocer expresamente, lo que el material probatorio ya señalaba inequívocamente: que él ordenó recoger el decreto inicialmente numerado como 659 del 18 de julio de 1991, y que igualmente ordenó que expidieran simultáneamente el 26 de julio de 1991 el decreto recogido y el que fijaba el precio del aguardiente Platino. Naturalmente insiste en exculpar su comportamiento en el consejo de un asesor, en el aparente error generado por la expedición de un solo decreto cuando debían expedirse dos al tiempo y en la supuesta inocuidad de la conducta.

No obstante las exculpaciones, esa final diligencia no viene sino a refrendar lo que las pruebas ya demostraban, la decisión consciente y voluntaria del entonces gobernador del departamento del Chocó de falsear la verdad contenida en un documento público, ordenando la recolección de un decreto que ya había sido repartido a varias dependencias y mandando que se reexpidiera con posterioridad de manera simultánea con otro acto administrativo.

Si bien Amanda Lozano señaló que alguien del despacho le ordenó recoger el decreto y expedirlo con fecha y número de otro que salió posteriormente, ese alguien que ella, en un acto de malentendida lealtad, intenta mantener en el anonimato, no es otro que el doctor Mosquera Córdoba como finalmente él mismo lo reconoce.

Se tiene entonces que el procesado Mosquera Córdoba reconoce expresamente lo siguiente: Primero: "Que el decreto ya se había enviado a la Secretaría de Hacienda y a la Empresa de Licores del Chocó" (folio 454

vuelto, cuaderno original No. 2) (ahí afirma que por error); expresa entonces su conocimiento del fundamento de la eficacia plena del acto administrativo, pues había sido dado a la publicidad y se había cumplido de manera perfecta y conforme a la mecánica prevista en el departamento la orden de "comuníquese" contenida en el propio decreto, mediante la entrega de las copias respectivas a las dos entidades del departamento encargadas de darle cumplimiento: la Secretaría de Hacienda como recaudadora de los ingresos del departamento y la Fábrica de Licores del Chocó como expendedora de algunos de los productos allí contenidos. Concluyese entonces el conocimiento de la calidad del documento y la determinación del Gobernador de acuerdo con ese conocimiento.

Segundo: que dio orden verbal de recogerlo: El gobernador expresa que emitió tal instrucción de manera oral, o sea que conociendo la existencia y eficacia de un acto administrativo, intentó retrotraer su propia actuación para impedir el cumplimiento de la orden de carácter general allí contenida, que no era otra que el cobro de nuevos montos en el gravamen para los licores nacionales y extranjeros; vinos espumosos o espumantes y vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares extranjeros.

Tercero: Si el procesado reconoce que "el día 26 de julio se impartió la orden de que salieran los decretos que establecían el precio del aguardiente y el respectivo impuesto al consumo, así como el decreto que se había recogido y que no había tenido ninguna eficacia jurídica" (folio 454 vuelto, cuaderno original No. 2), ésta explicación no puede ser aceptada de otra manera que como el expreso reconocimiento de su calidad de determinador de la conducta material que adelantó la señora Lozano de Vásquez.

En efecto, si la primera autoridad administrativa del departamento reconoce que el 18 de julio de 1991 firmó un decreto, que ese mismo día se numeró, fechó y se remitió a las autoridades encargadas de su cumplimiento, que posteriormente se recolectó de tales dependencias y que el 26 de julio siguiente (8 días después) "impartió la orden para que salieran los decretos", la única manera posible de lograr que ese día salieran dos decretos simultáneamente con la misma fecha, era, obviamente, colocándole a los dos actos administrativos tal data, la que no podía imponerse al que antes tenía fecha 18 de julio de 1991 y número de tal época sino adulterándolo, para lo cual la ejecutora material optó por el método de cubrir los datos originales con corrector, por lado y lado, hecho que demuestra la evidente intención de impedir cualquier identificación posterior y por supuesto el dolo falsario con que se actúo.

Ordenes tan precisas a subalternos suyos, por parte de quien se desempeña como primera autoridad administrativa de un departamento, no son sino una forma de intervención punible en las conductas desarrolladas por los empleados que ejecutaron tales mandatos, sin que sea menes-

ter, por el fenómeno de la ruptura de la unidad procesal que aquí ocurrió, dilucidar la responsabilidad penal concreta de ellos.

Suficientes razones las expuestas para que se tenga al ex gobernador del departamento del Chocó Augusto Cicerón Mosquera Córdoba como determinador del delito de falsedad material de empleado oficial en documento público y que la señora Lozano realizó materialmente la acción de imponer otra fecha y número al decreto recogido, cumpliendo precisas órdenes del procesado.

6. De la Antijuridicidad

Constante ha sido la defensa en proponer como tesis central de su desempeño, la presunta inocuidad del documento público adulterado, la que ha fundado en la falta de ingreso del documento al tráfico jurídico, habida cuenta que nunca fue de conocimiento público, ya que no se publicitó en cartelera o se leyó por la radio y que no tenía incidencia en el precio del aguardiente.

6.1. Cabe anotar como premisa determinante de la solución de este asunto, que "en la legislación penal colombiana el interés tutelado con la norma aplicada [artículo 218 del código Penal] es la fe pública, no entendida como un concepto abstracto, sino como protección a la confianza que la colectividad deposita en la capacidad probatoria de los documentos públicos, lo cual es esencial para que exista una adecuado tráfico jurídico que facilite las relaciones entre los coasociados"[3] de manera que en tratándose de documentos públicos no sólo se sanciona el ingreso del documento al tráfico jurídico, sino que la ley a través del establecimiento de la presunción de legalidad del documento público lo hace depositario de la confianza pública que obligatoriamente se les asigna a ellos, de manera que adquirido por un documento el calificativo de público en los términos legales que para cada caso corresponda, su inmutabilidad es absoluta, independientemente del uso o no que se haga del mismo.

La defensa confunde en un solo tema, conceptos de derecho administrativo totalmente diferentes: el de existencia del acto y el de la eficacia del mismo, yerro que impone a la Sala el deber de aclarar el punto, y determinar su trascendencia en el ámbito penal.

6.2. Debe reiterarse que la falsedad se predica desde la existencia misma del instrumento en el que se protocoliza la voluntad de la administración, que ocurre, como atrás se ha referido con suficiencia, desde el momento mismo en que el funcionario competente (Gobernador en este caso) estampa su firma en el documento denominado decreto y éste se fecha y

---

[3]. *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*; sentencia de casación del 16 de octubre de 1996. Radicación No. 8879. Magistrado Ponente: Ricardo Calvete Rangel.

numera, actuaciones suficientemente probadas y sobre las que no es menester reiterar lo ya expresado en el texto de este fallo.

Ahora bien, bajo tal premisa, la de que el Decreto 659 del 18 de julio de 1991 era desde tal fecha un documento público que había sido expedido por la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones y estaba, por tanto, amparado por la presunción de legalidad a partir de tal fecha, debe estudiarse el punto de la eficacia jurídica del mismo.

6.3. El decreto del Gobernador cuyo objeto es "fijar el valor del impuesto de consumo de licores para el segundo semestre de 1991" es un acto administrativo de carácter general, obviamente con un ámbito de aplicación restringido al territorio del departamento, que hace necesaria su publicación para predicar su oponibilidad a terceros.

El Código de Régimen Departamental establece en su artículo 330 que en cada uno de los departamentos se editará un boletín o gaceta oficial que incluya entre otros documentos "los decretos del gobernador" y el artículo 333 ordena que tales actos solo regirán después de la fecha de su publicación, normas que son reproducciones textuales de lo que disponían los artículos 5° y 8° de la Ley 57 de 1985, "por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales", las que además han de concatenarse con el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo que se refiere al deber y forma de publicación de los actos administrativos de carácter general, aclarando que no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.

La misma norma señala que en los municipios donde no haya órgano oficial de publicidad podrán divulgar estos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios o por bando.

Dentro del expediente está probado que en el departamento del Chocó no existe gaceta oficial ni boletín departamental en los cuales se publiquen los actos administrativos departamentales; al respecto son claros en señalar tal deficiencia los doctores Miguel Angel Lozano Córdoba y Arturo Ferrer Carrasco, ex gobernadores del departamento, lo que naturalmente no puede llevar a concluir la indeterminación absoluta de la vigencia de los actos administrativos en esa sección del país, sino a buscar esa determinación a través de otros elementos, diferentes de la inserción en una publicación periódica.

La publicidad del acto administrativo es la que limita su oponibilidad frente a terceros y lo hace por tanto exigible frente a éstos. En este caso se ha aclarado que la existencia del acto administrativo se predica desde

cuando se ha suscrito por el funcionario competente y se han impuesto fecha y numeración al respectivo documento. En cuanto a su publicidad, por las *sui generis* circunstancias del departamento del Chocó, se cumple haciendo circular el instrumento que contiene el acto administrativo por las dependencias oficiales mayormente interesadas o a las cuales corresponda su aplicación para que se informen al público. A partir de tal momento el documento público (que ya tiene tal connotación desde su existencia) adquiere eficacia por haber sido dado a conocer, es decir que se ha cumplido una de las órdenes que él mismo contiene, la de "comuníquese".

Determinado que para suplir la falta de diario, gaceta o boletín oficial en el Chocó es costumbre enviar las diferentes copias a las dependencias gubernamentales para que se informe al público sobre el particular (declaraciones de Secundina Moya Palacios, Everth Nelderd Moreno Palacios entre otros) el decreto requería, luego de haber sido firmado, fechado y numerado, su remisión a las Secretarías de Hacienda y a la Licorera para operar con plenos efectos, pues la una como recaudadora de las rentas y la otra como vendedora de uno de los licores allí contenidos, eran las encargadas de su aplicabilidad, requisito que el expediente demuestra se cumplió a cabalidad.

En efecto, mediante inspección practicada en el archivo de la gobernación se pudo constatar que una copia del Decreto 659 fue entregada el mismo 18 de julio de 1991 en la Empresa de Licores donde fue recibida por Julio Garcés y en la Secretaría de Hacienda lugar en el que Secundina Moya, secretaria del Secretario de Hacienda las recibió el mismo día, lo que no solo corrobora la señora Esther Reyes, encargada del archivo, sino que al expediente se agregaron copias del libro radicador de Decretos en cuyo folio 36 aparece todo lo reseñado, hecho palmar que indica con certeza que, a partir de esta fecha, el Decreto 659 tenía efectos al interior de la administración.

De lo anterior se colige que el acto administrativo no solo existió, dado que fue expedido por el Gobernador del Chocó, así como por el Secretario de Hacienda Departamental, en ejercicio de sus funciones, que se le colocaron los sellos correspondientes, se le dio la numeración a que había lugar y se le puso la fecha en que fue expedido; además se acredita que tuvo eficacia interna, para la administración misma pues fueron enviadas las copias respectivas tanto a la Secretaría de Hacienda como a la Empresa de Licores del Chocó, lo que indica su cabal perfeccionamiento como manifestación de la voluntad de la administración departamental del Chocó.

No tiene entonces cabida la supuesta falta de dañosidad que alega la defensa, pues está debidamente probado que en el departamento del Chocó del señalado modo opera la publicación de los decretos del Gobernador

en forma acorde a la exigida por el artículo 330 del Decreto 1222 de 1986, pues no existe gaceta, diario o boletín oficial, por ello la costumbre ha impuesto que los decretos rijan a partir de su fecha de expedición y que el acto de publicación se cumpla con su comunicación a las Secretarías o entidades del departamento encargadas de cumplirlo o hacerlo cumplir, en cuanto a su eficacia interna, aspecto diferente de los efectos que puedan oponerse frente a terceros.

Al respecto baste citar apenas la versión de Amanda Lozano de Vásquez, del ex gerente de la Fábrica de Licores Fernando Córdoba Ibargüen y los autorizados conceptos de los dos ex gobernadores que declararon sobre el particular en la audiencia pública, doctores Miguel Angel Lozano Córdoba y Arturo Ferrer Carrasco, quien además señala que en su administración se colocaban en una cartelera que estaba a la entrada de su oficina.[4]

Cualquiera que fuese la forma de comunicación de los decretos a los particulares, es lo cierto que al interior de la administración su entrega mediante libro radicador, como aquí ocurrió, a la Secretaría de Hacienda y a la Licorera departamental permite afirmar, con certeza absoluta, que tales decretos tenían fuerza obligatoria interna y a partir de tal hecho, que sus consecuencias jurídicas se debían propiciar desde entonces y que una mínima exigencia de seguridad jurídica de los actos de la administración impide que expedidos éstos, puedan ser recogidos o alterados si no se han promulgado.

Es que la alegada antijuridicidad que se predica de la actuación del Gobernador, no resulta afectada puesto que ese juicio se hace con referencia temporal al momento de la ejecución material de la acción y no con referencia a la capacidad de daño que en sí tiene la conducta con vista en los efectos posteriores, dados o futuros, esperados o esperables. Dentro de tal perspectiva no puede perderse de vista que la manifestación de la voluntad de la administración expresada en un instrumento que contiene los requisitos esenciales del acto administrativo, es objeto de protección penal desde el instante mismo de la existencia de tal instrumento que por sus requisitos esenciales -órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma- se reputa como tal y el Estado le reconoce su aptitud probatoria como elemento que modifica las relaciones jurídicas con la precisión y alcance en que su contenido manifiesta la voluntad de la administración.

---

[4]. Cabe anotar respecto del testimonio del doctor Ferrer que su recolección adolece de la irregularidad de omitirse su firma en el acta de audiencia pública, lo que se explica en la complejidad de la transcripción de las cintas que recogen la diligencia, situación que no afecta para nada su validez pues los demás elementos del acta permiten afirmar con certeza que se trata de su dicho.

Al respecto, el Consejo de Estado, ha construido una dilatada jurisprudencia en la que se diferencian claramente los dos temas, el de existencia y del eficacia. Véanse sólo dos meridianos ejemplos:

"Como ya lo ha precisado la jurisprudencia de la Corporación, la publicación de los actos administrativos de carácter general es condición para su eficacia frente a los particulares pues a nadie se le puede obligar a observar reglas no conocidas. No sucede lo mismo frente a la administración, toda vez que si ella misma lo profiere, desde el momento mismo de su emisión está obligado a acatarlo."[5].

En el mismo sentido se puede citar el siguiente pronunciamiento, que se ajusta perfectamente a la situación de hecho que la defensa plantea como eximente de antijuridicidad.

"La falta de promulgación de un acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad; la sanción que el propio ordenamiento trae, cuando no se cumple con este requisito, es la falta de oponibilidad del acto a los particulares, o lo que es lo mismo, la no obligatoriedad para los particulares.

"El acto administrativo producido, respetando las normas a las que debían estar sujetos, por funcionarios en organismo competente, en forma regular, sin falsa motivación y sin desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación, que los profieran, es un acto válido.

"La publicación no es entonces un requisito de validez del acto administrativo de carácter general; es sólo condición de oponibilidad a los particulares.

"El acto administrativo no publicado, general o particular, hay que mirarlo en sus relaciones con la propia Administración y con los particulares, por el primer aspecto, el acto no publicado es oponible a la propia administración, surte efectos respecto de ella, ya que lo conoce por haber sido quien le dio origen o nacimiento.

"Por el segundo aspecto, hay que distinguir si el acto administrativo concede un derecho o impone una obligación al particular. Si el acto otorga un derecho al particular, éste puede reclamarlo de la administración, aunque el acto no haya sido publicado. Si, por el contrario, el acto impone una obligación, esta no puede exigirse hasta tanto no sea publicado, aunque se haya dicho en el propio acto que podía serlo desde antes (por ejemplo: Expedición)."[6]

---

[5]. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda. Sentencia de junio 20 de 1995. Consejero Ponente: Dolly Pedraza de Arenas.

[6]. Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Cuarta. Sentencia de mayo 30 de 1988. Consejero Ponente Hernán Guillermo Aldana Duque.

La propia conducta del procesado es la mejor prueba de su conocimiento pleno de la naturaleza ilícita de su comportamiento: si el decreto era inocuo, como él lo sostiene, cuál la necesidad de recogerlo?; por qué un experimentado abogado, ex Secretario de Hacienda, ex parlamentario y en esa época Gobernador iba a correr el riesgo de que se le tomara por falsario al ordenar recoger y enmendar un decreto, que según él, era inexistente?: La respuesta no puede ser otra que la opuesta a su propia exculpación: él era consciente de la plena validez del acto administrativo y de ahí la urgencia de recogerlo.

Tampoco puede aceptarse la tesis de la defensa sobre la supuesta incapacidad dañosa del decreto en cuanto no podía aplicarse al licor que se vendió con fecha 23 de julio al señor Jairo Herrera, no solo porque ello no hace parte del concepto de dañosidad de la conducta sino porque el decreto adulterado sí tenía incidencia económica en la transacción.

En efecto, el precio del Aguardiente Platino, que era el producto que compraba Herrera, está compuesto por el valor en fábrica del aguardiente propiamente dicho, por el impuesto a las ventas, y por el impuesto al consumo. El decreto adulterado fijaba a partir del 18 de julio un impuesto al consumo para licores nacionales y extranjeros en presentación de 1.500, 750 y 375 centímetros cúbicos, de $1.084.00, $542.00 y $271.00, descripción dentro de la que cabe el aguardiente.

Como el 24 de julio de 1991 el señor Herrera adquirió 4.200 cajas de aguardiente por las cuales pagó un impuesto al consumo de $34.608.000.oo. aparece claro que ese tributo le fue liquidado en suma inferior a la que correspondía para la época, en la que estaba vigente el Decreto 659 del 18 de julio de 1991 que impuso un gravamen de $542.00 por botella de licor nacional de 750 centímetros cúbicos, única presentación que se vende por cajas de 20 botellas (folios 78 y 83, cuaderno original 1), por lo que sí se causó, además del daño a la fe pública, una afectación al patrimonio del departamento en cuantía de $2.600.oo por cada caja, lo que entrega un total de $10.920.000.oo.

Ahora bien, la intención de la defensa en mostrar que el decreto del impuesto al consumo señalado en el decreto adulterado no influía en el precio del aguardiente, es errada. Basta leer los considerandos de ese acto administrativo para concluir que la base gravable es el precio promedio nacional de la botella de 750 centímetros cúbicos de aguardiente certificado por el DANE, sobre la que se impone un 35% de sobrecosto como impuesto al consumo de esa bebida y de las demás que clasifiquen como licores nacionales o extranjeros (brandy, whisky, ron, etcétera):

En el mismo sentido se encuentran decisiones de: julio 8 de 1976; 29 de junio de 1989; 14 de enero de 1991; 23 de octubre de 1991; 23 de enero de 1992; agosto 28 de 1992.

"(...)

"que para el segundo semestre de 1991, el Departamento Nacional de Estadística 'DANE', certificó que el precio promedio nacional de la botella de 750 cc. mililitros de los aguardientes anisados producidos en el país es de mil quinientos cincuenta pesos con 61/100 ($1.550.60 (SIC)) Mcte."

"que el artículo 66 de la Ley 14 de julio 6 de 1983, establece que el impuesto al consumo de licores nacionales y extranjeros es del 35%, el 10% para vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares extranjeros, el 5%, para estos mismo vinos, aperitivos y similares nacionales, del precio certificado por el 'DANE'.

La lectura de los artículos del capítulo 5° de la Ley 14 de 1983[7] no conduce a conclusión diferente, pues de una parte no existe una clasificación especial para los aguardientes y de otra el artículo 67 prohibe la imposición de gravámenes adicionales a la producción, distribución o introducción de todos los licores nacionales y extranjeros contenidos en la misma norma, por lo que ha de concluirse que el impuesto al consumo es uno solo y que no es mera coincidencia que para el caso concreto del Chocó, durante el segundo semestre de 1991, el componente del precio de la botella de aguardiente de 750 centímetros cúbicos sea en el Decreto 696 de julio 26 exactamente el mismo guarismo ($542.00) ya establecido en el 659, que se adulteró. Elemental resulta entender que el acto administrativo falseado es el que, como lo ordena su título "fija el valor del impuesto de consumo de licores", mientras que el segundo, el 696 lo que hace es "fijar el precio de venta del Aguardiente Platino en la Empresa de Licores del Chocó", dentro del cual, se repite, el Impuesto al valor agregado y el Impuesto al consumo, son apenas componentes fijos previamente determinados.

Aquí es donde se explica, además, la conveniencia de expedir los decretos conjuntamente, en la lógica de que fijado el valor del impuesto al consumo, se elevara el precio del aguardiente, pues debe ajustarse el costo de la botella de 750 centímetros cúbicos en el departamento al precio promedio nacional que es la base gravable. Pero ello, que responde a una lógica comercial elemental no significa que la validez jurídica de uno dependa de la del otro; son actos administrativos independientes y autónomos aunque su aplicabilidad comercial más conveniente sea conjunta.

La falsedad cometida en el Decreto 659, por tanto, no solo no tiene el carácter de inocua. Fue lesiva del bien jurídico de la fe pública y además de los intereses económicos del departamento del Chocó como ya se vió y por eso genera el reproche consiguiente.

---

[7] . "por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones"; el capítulo V se refiere al "impuesto al consumo de licores"

7. De la Culpabilidad.

Las pruebas recaudadas muestran que la acción del procesado Augusto Cicerón Mosquera Córdoba, estuvo conscientemente dirigida, libre y voluntariamente, a la vulneración del bien jurídico de la fe pública. El grado de conocimiento y de experiencia personal que el encartado tiene (abogado, ex parlamentario, ex secretario de hacienda y Gobernador del departamento) le permitían saber a ciencia cierta que el documento público que ordenó recoger tenía tal naturaleza, que estaba amparado por la presunción de legalidad y que era por tanto inmutable.

Su decisión de recogerlo, ordenar su archivo informal y durante 8 días y luego impartir instrucciones para que se reexpidiera con fecha y número diferente del que tenía cuando fue recuperado, no puede ser identificada de otra manera que dolosa, pues actúo con la clara intención, y lo logró, de vulnerar un bien jurídico amparado penalmente.

Estas mismas razones son las que sirven para descartar la posible calificación errónea de la conducta del procesado, planteada por la defensa a partir del consejo que un asesor dio al procesado para que recogiera el decreto, pues se ha demostrado que el conocimiento del encartado era suficiente para enfrentar y solucionar correctamente una situación que no ofrecía especiales dificultades de interpretación o entendimiento. Es que la decisión que se reprocha a Mosquera Córdoba no es de carácter económico, ni es un complejo problema de hacienda pública, por el aparente error de la expedición adelantada de un decreto, sino que era de carácter jurídico, pues tenía que ver con los efectos de esa naturaleza sobre la recolección, archivo temporal y posterior adulteración de un documento público, conducta para cuya identificación y evaluación tenía el procesado suficiente y mayor experiencia que el asesor al que pretende endilgar la responsabilidad de su autónoma decisión.

Es que desde la perspectiva del juicio de culpabilidad, la investigación y el juzgamiento de los hechos por los que está respondiendo el encartado han entregado plena respuesta al numeral 3° del artículo 334 del Código de Procedimiento Penal pues se saben con certeza "los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal".

Para entender la conducta del doctor Mosquera Córdoba resulta importante ver en contexto todo el procedimiento licitatorio que buscaba adjudicar la distribución exclusiva del aguardiente Platino en el departamento del Chocó, pues independientemente de que por tales hechos se haya precluido la instrucción, ellos son explicativos de la punible actuación del procesado.

Surge dentro de este contexto la especial relación que Jairo Herrera Maya mantenía con la Fábrica de Licores del Chocó, que marcada por el desgreño administrativo y la ineficiencia productiva hubo de acudir en

varias ocasiones a la venta de la producción futura, logrando que el comerciante le adelantara dinero que era utilizado en la compra de materias primas o en el pago de sueldos (folios 49 a 52; 58, cuaderno original No. 1). Súmase a ello que el señor Herrera a través de su empresa Bodegas del Río fue el favorecido el 17 de julio de 1991 con la adjudicación de la licitación que asignó la distribución del aguardiente Platino, pero tal procedimiento administrativo generaba, mientras se perfeccionaba, el problema de la venta de tal licor en el mes de julio.

La forma de solución que se escogió fue la de ofrecer la producción de tal mes al señor Herrera, lo que se hizo mediante oficio del 23 de julio (folio 77, cuaderno original No. 1) y se formalizó mediante un convenio de compraventa cuya fecha de suscripción es el 26 siguiente (folio 85, cuaderno original No. 1).

Sin embargo de lo anterior, el comprador aparece pagando el 24 de julio el importe de 4.200 cajas (folios 78 y 83, cuaderno original No. 1) de las qué canceló un impuesto al consumo inferior al que ordenaba la norma vigente para esa época, Decreto 659 del 18 de julio de 1991.

Es entonces este cronograma el que explica el motivo de la falsedad: Se trataba de impedir que el comprador Herrera tuviera que pagar el aguardiente Platino a un precio superior del que se había convenido entre él y la administración departamental, pues se le había ofrecido al precio vigente para el momento en que ocurrió la oferta, que tuvo que ser antes del 26 -cuando se firmó el convenio-; también antes del 24 -cuando se pagó la primera parte del lote de aguardiente-; e incluso antes de la propuesta escrita que fue del 23 de julio. Se trataba pues de corregir el error de haber elevado el impuesto al consumo sin haber vendido antes la producción del licor.

Naturalmente ese error es de carácter comercial y no es uno de los que tengan trascendencia jurídica en el ámbito penal de manera tal que inhiba la culpabilidad, como pretende hacerlo ver la defensa. Tampoco era incluible su corrección a través de un acto ilegal como se hizo. Existía el deber jurídico de acudir a otras maneras de remediar el asunto, si se trataba, como lo insinúa el procesado de evitarle demandas futuras al departamento o en todo caso de mantener el adecuado nivel de lealtad con quien era visto como un supuesto benefactor de la Fábrica de Licores, concepto que tampoco se ajusta a la realidad, pues los supuestos favores que el señor Herrera le hacía a la Fábrica le beneficiaban enormemente como comerciante, porque a través de su mejor posición crediticia aseguraba la exclusividad de un producto respecto del cual la regla de experiencia muestra su fácil liquidación.

Resultan entonces claras no sólo la manifestación dolosa de la conducta del procesado Augusto Cicerón Mosquera Córdoba sino las razones que impulsaron su ánimo, por lo que debe concluirse su responsabilidad

por el delito de falsedad material de empleado oficial en documento público.

8. La Dosificación Punitiva

En virtud de que el procesado carece de Antecedentes, que su conducta anterior es buena, y que el modo de ejecución del hecho punible revela a una persona que por delinquir por primera vez, se dispone partir del mínimo señalado en el artículo 218 del estatuto punitivo, esto es, de tres (3) años de prisión.

No obstante que la resolución de acusación omite el tema de las causales de agravación, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que en tratándose de las circunstancias genéricas de agravación punitiva y dentro de estas, de las de naturaleza objetiva, es decir de aquellas cuya presencia deviene únicamente del contenido fáctico de la conducta, aunque su mención y análisis en la decisión calificatoria es el ideal de calidad que se espera de la administración de justicia, su omisión no impide que se deduzcan en la sentencia, siempre y cuando en la narración de los hechos o dentro del texto de la resolución de acusación se haya mencionado expresamente el hecho o circunstancia que las componen.

En este preciso caso, la decisión calificatoria discurre en su totalidad sobre la calidad de Gobernador del departamento del Chocó del procesado como elemento fundamental del acaecimiento de la conducta objeto de reproche, por lo que no resulta atentatorio del debido proceso incrementar la pena por la condición de primera autoridad administrativa del departamento, en ejercicio de la cual ordenó recoger el Decreto 659 del 18 de julio de 1991 e impartió órdenes para que fuera expedido el 26 de julio de 1991 con fecha de tal día.

La causal de agravación del numeral 11 del artículo 66 se refiere a la posición distinguida del agente en la sociedad, por una cualesquiera de las siguientes razones: riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio.

Los supuestos de hecho a los que se refiere el legislador como determinantes para concluir el ejercicio de una posición distinguida del delincuente en la sociedad, son eventos que por lo general no pueden ser deducidos sino como consecuencia de un previo juicio valorativo, circunstancia que exige su ineludible inclusión en la resolución de acusación para que puedan incrementar la ulterior condena, si a ella hubiere lugar. Son casos en los que la conclusión *a priori* no puede ser la de que el acusado ejerce una posición distinguida dentro de ese conglomerado social, y por tanto su deducción no es posible sino después de un juicio valorativo, sujeto a contradicción, lo que descarta que en ese preciso caso la causal pueda señalarse como objetiva y por tanto debe deducirse de manera expresa e íntegra (fáctica y normativamente).

Ahora bien, en otras situaciones, la cuestión resulta objetiva. Por eso, otro es el caso del Gobernador de un departamento de quien puede afirmarse sin previos juicios valorativos que evidentemente ocupa una posición distinguida en el seno de la sociedad que administra (art. 66-11 del Código Penal), dado su cargo de primera autoridad del departamento, dignidad que lo obliga a conducirse con la rectitud, la honestidad y la entereza que tan alto cometido supone.

Como esa es la situación que ocupa a la Corte, se incrementará la pena en ocho (8) meses en razón de la causal de agravación a la que arriba se hizo referencia, quedando en definitiva un total de cuarenta y cuatro (44) meses de prisión como pena principal, a la que se agrega como accesoria la de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.

De otro lado, como quiera que la pena a imponer sobrepasa los treinta y seis (36) meses, requisito cuantitativo para otorgar el beneficio de la condena de ejecución condicional, se negará la concesión del subrogado y, en su lugar, se ordenará la detención del sindicado para que cumpla en reclusión la sanción impuesta.

9. La Indemnizacion de Perjuicios.

Los artículos 2341 del Código Civil, 103 del Código Penal, 44, 55, 56 y 180 numerales 6 y 8 del Código de Procedimiento Penal establecen:

Artículo 2341 del Código Civil: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.".

Artículo 103 del Código Penal: "Reparación del daño y prevalencia de la obligación. El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan.".

Artículo 44 del Código de Procedimiento Penal: "Quienes deben indemnizar. Están solidariamente obligados a reparar el daño, resarcir los perjuicios causados por el hecho punible y a restituir el enriquecimiento ilícito las personas que resulten responsables penalmente, quienes de acuerdo a la ley sustancial deban reparar el daño y aquellas que se hubieren beneficiado de dicho enriquecimiento.

"Quienes sean llamados a responder de acuerdo con la ley sustancial, deberán ser notificados personalmente del auto admisorio de la demanda, tendrán el carácter de sujetos procesales e intervendrán en el proceso penal para controvertir las pruebas de las que se derive su responsabilidad.".

Artículo 55 del Código de Procedimiento Penal: "Sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios: En todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el funcionario procederá a liquidarlos, para lo cual podrá dispo-

ner la intervención de un perito según la complejidad del asunto, y condenará al responsable del asunto de los daños en la sentencia. El perito designado, podrá ser escogido de cualquier lista autorizada para otros despachos o entidades del lugar.

"En los casos de perjuicios materiales o morales no valorables pecuniariamente, la indemnización se fijará en la forma prevista en los artículos 106 y 107 del Código Penal.

"Cuando en el proceso obrare prueba de que el ofendido ha promovido independientemente la acción civil, el funcionario se abstendrá de imponer condena al pago de perjuicios. Para todos los efectos legales, será ineficaz la condena impuesta en un proceso penal al pago de perjuicios, cuando se ha ejercido independientemente la acción civil.".

Artículo 56 del Código de Procedimiento Penal: "De la liquidación de perjuicios. En la sentencia que declare la responsabilidad penal del procesado, el juez deberá señalar el monto de los perjuicios individuales o colectivos ocasionados por el hecho punible.

"Cuando en la sentencia se condene al pago de indemnización colectiva se ordenará la constitución de un fondo conformado por el importe de la misma administrado por el Defensor del Pueblo para ser distribuido entre los beneficiarios de acuerdo con sus propios intereses.".

Artículo 180, numerales 6 y 8 del Código de Procedimiento Penal: "Redacción de la sentencia. Toda sentencia contendrá:

"(...)

"6-. Los fundamentos jurídicos relacionados con la indemnización de perjuicios.

"(...)

"8-. La condena en concreto al pago de perjuicios si a ello hubiere lugar.".

Por su parte, los artículos 1613, 1614 y 1616 del Código Civil resuelven el contenido de la indemnización, los conceptos que abarca y el carácter integral que ella debe tener.

Artículo 1613 del Código Civil: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

"Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.".

Artículo 1614 del Código Civil: "Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de

haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.".

Artículo 1616 del Código Civil: "Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

"La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

"Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.".

De ello se sigue que la condena en perjuicios se impone como consecuencia de la demostración que se ha hecho de su causación, referida a la cantidad de dinero que la Administración departamental dejó de recaudar por concepto de impuesto al consumo como consecuencia de la adulteración del Decreto No. 659 del 18 de julio de 1991. Será beneficiario de la condena, entonces, el departamento del Chocó.

El 24 de julio de 1991 el señor Jairo Herrera Maya adquiere 4.200 cajas de aguardiente por las cuales pagó un impuesto al consumo de $34.608.000.oo, y aparece claro que ese tributo le fue liquidado en suma inferior a la que correspondía para la época, pues si se le hubiera cobrado correctamente habría debido cancelar $45.528.000.oo. Por eso la diferencia no cobrada no puede imputarse sino como consecuencia de la conducta punible del procesado Mosquera Córdoba, máxime cuando entre sus funciones estaba la de rango constitucional de "velar por la exacta recaudación de las rentas departamentales (...)" según se lo ordenaba el numeral 11 del artículo 305 de la Carta, y ésta ascendió a la suma de $10.920.000.oo., guarismo correspondiente al daño emergente que será actualizado hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, conforme al IPC anual que se haya certificado para cada período desde cuando se produjo el daño, 24 de julio de 1991.

Con respecto a la rentabilidad de dicho capital, no existe en el proceso prueba alguna que otorgue criterios seguros y equitativos sobre su causación y cuantificación, por tanto la Sala no supondrá suma alguna al respecto. Perjuicio moral no existió.

La dosificación de la pena que se impone al procesado impide la concesión de la condena de ejecución condicional.

De la condena en perjuicios se dará aviso al actual Gobernador a fin de que inicie la actuación correspondiente."

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONDENAR a Augusto Cicerón Mosquera Córdoba, de condiciones civiles y personales señaladas en esta decisión, como determinador del delito de falsedad material de empleado oficial en documento público sucedido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisados en este fallo, conducta que se encuentra tipificada en el Libro Segundo, Título VI, Capítulo Tercero, artículo 218 del Código Penal, a purgar la pena principal de cuarenta y cuatro (44) meses de prisión, en el lugar que al efecto señale el INPEC conforme a las previsiones de los artículos 29 y 72 de la Ley 65 de 1993.

SEGUNDO: CONDENAR al mencionado Augusto Cicerón Mosquera Córdoba, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

TERCERO: DECLARAR que el mencionado Augusto Cicerón Mosquera Córdoba, en razón de la pena impuesta, no se hace acreedor al subrogado de la condena de ejecución condicional.

CUARTO: CONDENAR al doctor Augusto Cicerón Mosquera Córdoba a pagar como indemnización de perjuicios a favor del Departamento del Chocó la suma de diez millones novecientos veinte mil pesos moneda corriente ($10.920.000.oo), actualizados a la fecha de ejecutoria del fallo, conforme al IPC anual que el DANE certifique para cada período desde la fecha de realización del delito, 24 de julio de 1991.

QUINTO: LÍBRESE orden de captura para que el condenado Augusto Cicerón Mosquera Córdoba cumpla con la pena privativa de la libertad que aquí se le impone.

SEXTO: Ejecutoriada la sentencia expídanse las copias que ordena el artículo 501 del Código de Procedimiento Penal. Comuníquese al departamento del Chocó, como beneficiario de la condena en perjuicios.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego(No firmó), *Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA/ COMPETENCIA FUNCIONAL

Al establecer la competencia funcional de la Corte Suprema, el artículo 68-5 señaló que le corresponde conocer "de los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria entre tribunales o juzgados de dos o más distritos judiciales; entre un tribunal y un juzgado de otro distrito judicial; entre tribunales, o entre un juzgado regional y cualquier juez penal de la República". Y, al señalar los asuntos de competencia de los Tribunales Superiores, omitió considerar el punto de los conflictos de que podían presentarse entre los juzgados penales del circuito con los juzgados penales municipales radicados en un circuito distinto, o entre juzgados municipales de diversos circuitos, pero todos dentro del mismo Distrito Judicial, pues se partió de establecer que las colisiones solamente habrían de suscitarse "entre jueces del circuito del mismo distrito".

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós de julio de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Proceso No. 14400

Aprobado acta No. 108

Sería el caso que la Corte decidiera el conflicto negativo de competencias suscitado entre los Juzgados Primero Promiscuo Municipal de Guaduas y Promiscuo Municipal de Viani, ambos del Distrito Judicial de Cundinamarca, dentro del proceso que, por el delito de hurto calificado y agravado, se tramita contra Hugo Javier Enciso Salazar, si no fuera porque carece de competencia para ello según pasa a exponerse seguidamente.

1. Antecedentes

1.1. Cuando el señor Cesar Rodrigo Porras Tarazona conducía el bus de transporte intermunicipal de matrícula SQ0099 identificado con el número de orden 836 y afiliado a la empresa "Flota Santa Fe Ltda.", en la ruta Santa Fe de Bogotá - San Juan de Rioseco (Cundinamarca), en el sitio

denominado "Cajitas", cuya comprensión territorial es motivo de controversia entre los jueces en conflicto, fue abordado por cuatro individuos quienes, portando armas de fuego, lo obligaron a desviar su destino para introducir el automotor sobre la vía hacia el municipio de Chaguaní, al tiempo que despojaron de sus pertenencias a los pasajeros y dieron muerte a Mario Antonio Cusguen Bohórquez, ayudante del conductor, para posteriormente emprender la huida en un campero Nissan de colores blanco y rojo.

1.2. Adelantada la investigación correspondiente, el dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y seis la Fiscalía Segunda Delegada ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Guaduas calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria contra Hugo Javier Enciso Salazar por el delito de homicidio agravado, y dispuso compulsar copias de la actuación para la investigación relacionada con el delito de hurto, las cuales fueron remitidas a la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Penal y Promiscuo Municipal de San Juan de Rioseco.

1.3. Avocado el conocimiento del asunto por la Fiscalía que viene de ser referida, abrió investigación y vinculó mediante indagatoria a Hugo Javier Enciso Salazar, contra quien profirió medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de hurto calificado y agravado, y, posteriormente, clausuró el ciclo instructivo.

1.4. El expediente fue remitido a la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Jueces Municipales y Promiscuos de Guaduas y Chaguaní, autoridad que calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria contra Hugo Javier Enciso Salazar por el mismo delito por el cual le fue resuelta la situación jurídica, mediante decisión que causó ejecutoria en esa instancia.

1.5. Llegado el asunto a conocimiento del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guaduas, dispuso la remisión del diligenciamiento al Juzgado Promiscuo Municipal de Viani, al cual propuso colisión negativa de competencias, por considerar que los hechos tuvieron ocurrencia en el sitio denominado "Cajitas" de esa jurisdicción.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Viani, por su parte, estimó que el sitio "Cajitas" corresponde precisamente al lugar donde comienza la comprensión territorial del Municipio San Juan de Rioseco, motivo por el cual aceptó el conflicto planteado y ordenó la remisión del diligenciamiento al reparto de los Juzgados Penales del Circuito de Facatativá, siendo sorteado al Primero de esa especialidad, el cual consideró no ser competente para dirimir la controversia planteada por cuanto los jueces enfrentados pertenecen a distinto circuito judicial. En consecuencia, decidió enviar el expediente a esta Corporación para resolverla.

SE CONSIDERA

1. Naturaleza de la controversia planteada:

Se trata en este caso de un conflicto negativo de competencias territoriales, suscitado entre dos Juzgados Promiscuos Municipales que, perteneciendo al mismo Distrito Judicial, se hallan radicados en distinto circuito.

En efecto, de conformidad con el Acuerdo 087 expedido el nueve de mayo de mil novecientos noventa y seis por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, "Por medio del cual se fija la División del Territorio Nacional para efectos judiciales en la Jurisdicción Ordinaria y se dictan otras disposiciones", se tiene que el Juzgado Promiscuo Municipal de Viani está adscrito al Circuito Judicial de Facatativá, el Juzgado Promiscuo Municipal de Guaduas, a su turno, pertenece al circuito del mismo nombre, pero ambos bajo la jurisdicción del Distrito Judicial de Cundinamarca (artículo primero, ordinales 10 y ss. *ejusdem*).

El artículo 72-3 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 10o. de la Ley 81 de 1993, establece que corresponde a los Jueces del Circuito conocer "de las colisiones de competencia que se susciten entre los jueces penales municipales o promiscuos municipales del mismo circuito" (se subraya), coligiéndose, entonces, que en este punto asiste razón a la titular del Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá al declarar no tener competencia para dirimir el conflicto sometido a su consideración por cuanto, como ya fue expuesto, se trata de juzgados radicados en distintos circuitos judiciales.

También es cierto, como se desprende del contenido de la providencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Facatativá, que en el ordenamiento vigente no existe norma específica que atribuya competencia a determinada autoridad judicial para resolver los conflictos de competencia de la naturaleza de que se ocupa este pronunciamiento, pues los artículos 68-5, y 70-5 del Código de Procedimiento Penal que regulan la materia no se refieren a este caso particular y concreto.

De él tampoco se ocupan los artículos 18 y 114 3 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, como del mismo modo acontece con el artículo 69 del C. P. P. al establecer la competencia del Tribunal Nacional, omitiendo referirse a las colisiones de competencia que se presenten entre los Juzgados Regionales.

Pero ello en manera alguna indica que el caso en estudio carezca de solución, o que no exista autoridad jurisdiccional encargada de resolverlo, para suponer que compete a la Corte pronunciarse al respecto como lo da a entender el Juzgado Penal del Circuito de Facatativá al disponer el envío del diligenciamiento a esta Corporación, toda vez que la competencia residual de que trata el artículo 17 3 de la Ley Estatutaria de la Administra-

ción de Justicia, asigna a la Corporación la función de dirimir los conflictos de la materia que se presenten en la jurisdicción ordinaria "que no correspondan a alguna de sus Salas o a otra autoridad judicial" pues no es precisamente éste el caso presente.

La controversia al respecto resulta planteada con ocasión de la defectuosa técnica legislativa en torno al tema, debido a la supuesta necesidad de comprender casuísticamente todas las eventualidades que al respecto pudieren presentarse, lo cual determinó que quedaran por fuera de regulación normativa aquellas que no por ser de poca ocurrencia, ameritan excluirlas del tratamiento legal.

Recuérdese que el artículo 69 del Decreto 409 de 1971, en desarrollo del principio general que orienta los conflictos de competencia, según el cual, deben resolverse por el superior funcional común a los funcionarios enfrentados, estableció que una vez propuesta la colisión, si el juez o magistrado destinatario de la misma no la acepta, "dará cuenta al juez o tribunal inmediatamente superior" para que la decida, regulación que se mantuvo en el artículo 97 del Decreto 050 de 1987.

Este principio, si bien no ha sido desconocido por el posterior ordenamiento procesal que ahora rige, no fue afortunado en su desarrollo toda vez que en lugar de referirse a él como precepto orientador, infructuosamente se acudió al expediente de tratar de comprender expresamente todas las posibilidades de controversia judicial.

Téngase en cuenta, al respecto, que al establecer la competencia funcional de la Corte Suprema, el artículo 68-5 señaló que le corresponde conocer "de los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria entre tribunales o juzgados de dos o más distritos judiciales; entre un tribunal y un juzgado de otro distrito judicial; entre tribunales, o entre un juzgado regional y cualquier juez penal de la República". Y, al señalar los asuntos de competencia de los Tribunales Superiores, omitió considerar el punto de los conflictos de que podían presentarse entre los juzgados penales del circuito con los juzgados penales municipales radicados en un circuito distinto, o entre juzgados municipales de diversos circuitos, pero todos dentro del mismo Distrito Judicial, pues se partió de establecer que las colisiones solamente habrían de suscitarse "entre jueces del circuito del mismo distrito".

Esta misma omisión se presentó en el tema de la competencia del Tribunal Nacional, ya que al señalar el artículo 69 los asuntos de que conoce esa Corporación, no incluyó los conflictos que podrían ofrecerse entre juzgados regionales.

Sin embargo, al plantearsele a la Corte la solución de un conflicto de competencias presentado entre dos juzgados regionales, se pronunció de la manera siguiente, acudiendo precisamente al principio general de que se ha venido hablando:

"...es manifiesto el vacío legislativo del cual adolece el nuevo Estatuto Procesal, puesto que no atribuyó expresamente la solución de los conflictos de competencia que pueden surgir entre Juzgados Regionales, ni al Tribunal Nacional, ni a la Corte Suprema de Justicia.

"La falencia procedimental obedece a que en el momento de crearse la jurisdicción de orden público, no se establecieron normas específicas que regularan los conflictos de competencia, sino que la normatividad especial hizo remisión, para tales efectos, a las disposiciones procesales comunes. En consecuencia, nunca ha existido una disposición que atribuya expresamente al Tribunal Nacional (Tribunal de Orden Público) la solución de las colisiones de competencia de los despachos que le están subordinados.

"No obstante, lo anterior no implica que no exista una autoridad a la cual le corresponda resolver un enfrentamiento judicial como el que se ha planteado en este caso. Y para determinarla, basta recordar el orden jerárquico y la especialidad de las llamadas jurisdicciones, para concluir, como ocurre con cualquier asunto que deba resolverse en segunda instancia, que el Tribunal Nacional es la autoridad judicial jerárquicamente superior, común a los juzgados regionales trabados en conflicto. Por lo tanto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se abstendrá de decidir este incidente, y en su lugar remitirá la actuación al citado Tribunal, para que proceda de conformidad" (Auto feb. 15/93. M. P. Dr. Saavedra Rojas).

Este mismo principio, fue considerado por la Corte al resolver una controversia suscitada entre un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Fe de Bogotá, y un Juzgado Penal del Circuito de Gachetá (Cundinamarca), al precisar que no por carecer de solución legal expresa, ello significaba que no quedara cubierta por el ordenamiento vigente o hubiera ausencia de autoridad encargada de resolverla (Cfr. Auto marzo 26/96. M. P. Dr. Arboleda Ripoll).

2. La solución que el caso concreto amerita:

No empece el vacío legislativo que se advierte en realidad existe, es un despropósito sostener la ausencia de una autoridad jurisdiccional llamada a resolver el conflicto presentado, y que en tal medida corresponda hacerlo a esta Corporación, como erradamente lo estima el Juzgado Penal del Circuito de Facatativá. En primer lugar, por cuanto, tal como está configurada la estructura del aparato jurisdiccional, hay una autoridad funcional y jerárquicamente superior a los dos jueces enfrentados, que por razón de la naturaleza del asunto y la especialidad de sus funciones, es la llamada a pronunciarse; y, en segundo término, por que esa misma razón excluye la posibilidad de acudir al precepto que, sobre competencia residual asignada a la Corte, contiene el artículo 17 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Si se parte de reconocer vigente el principio general que orienta la materia, el cual indica que los conflictos de competencias deben ser resueltos por el superior común a los funcionarios enfrentados, y tratándose, en este caso, de una controversia sobre el territorio donde fue cometido el ilícito -el cual determina la competencia-, suscitada entre dos juzgados promiscuos municipales de distinto circuito judicial, pero pertenecientes al Distrito Judicial de Cundinamarca, ha de necesariamente concluirse que es este Tribunal, por ser la autoridad funcional y jerárquicamente superior a los dos funcionarios trabados en conflicto, al que compete dirimirlo. En esa medida, la Sala se abstendrá de pronunciarse y, en su lugar, remitirá el diligenciamiento a dicha Corporación para que proceda en consecuencia.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

RESUELVE:

DISPONER la remisión del presente diligenciamiento a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, por ser competente para resolver el conflicto planteado entre los Juzgados Promiscuos Municipales de Guaduas y Viani, dando aviso de esta decisión, con copia del presente auto, a los jueces en litigio y al Juzgado Primero Penal del Circuito de Facatativá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego (No firmó), *Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NOTIFICACION-Pliego de cargos

Contrariamente a lo inicialmente afirmado por el censor, es menester reiterar que la notificación del pliego de cargos al procesado (...), quien para ese momento no se hallaba privado de la libertad, se efectuó por estado conforme a lo dispuesto por la normatividad vigente a la sazón que no era otra que el original artículo 440 del Decreto 2700 de 1991, en armonía con el 190 ibidem, pues la calificación del respectivo sumario se produjo el 13 de septiembre de 1993 y la modificación introducida al mencionado canon por el artículo 59 de la Ley 81 de 1993 sólo cobró vigencia a partir de la fecha de su expedición, esto es, el 2 de noviembre del mismo año.

Prescribían aquellas normas:

"Artículo 188. Notificación personal al sindicado privado de la libertad y al Ministerio Público. Las notificaciones al sindicado que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público se harán en forma personal."

"Artículo 190. Notificación por estado. La notificación por estado se hará en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil, cuando no se hubiere podido hacer la notificación personal, habiéndose intentado."

"Artículo 440. Notificación de la providencia calificatoria. La resolución calificatoria se notificará personalmente, cuando sea posible."

Por su parte, es disposición de la ley procesal civil que la inserción en el estado se haga pasado un día de la fecha del auto.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., julio veintitrés de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 10845

Aprobado Acta No. 109

Vistos

Se pronuncia la Corte sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Miguel Angel Paredes Hernández contra el fallo emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, que confirmó con modificaciones el proferido por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma ciudad, por cuyo medio condenó al acusado a purgar la pena principal privativa de la libertad de dos (2) años de prisión, la pecuniaria consistente en multa por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de la comisión de la ilicitud, la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso similar al de la sanción corporal deducida, así como al pago de $ 6'604.949, 25 por concepto de perjuicios materiales y la suma equivalente en moneda nacional de 300 gramos oro por perjuicios morales, al hallarlo penalmente responsable del hecho punible de homicidio culposo.

En la sentencia también se concedió al acusado el sustituto penal de la condena de ejecución condicional.

Hechos

Aproximadamente a las 7: 40 de la mañana del 23 de marzo de 1992, cuando Miguel Angel Paredes Hernández se desplazaba por la calle sexta del barrio "Quinta Oriental" en la ciudad de Cúcuta al volante del automóvil Ford-Zephyr, de placas SBK 715 de la República de Venezuela, al virar hacia la derecha a tomar la avenida 7E arrolló a Abraham González quien a bordo de un triciclo transitaba por ese sector. A consecuencia del impacto, éste salió despedido por el aire para estrellarse luego contra el pavimento, de donde fue recogido con traumatismo encefalocraneano severo que determinó su muerte una semana después cuando era atendido en el Hospital Erasmo Meoz de la misma ciudad.

Actuación Procesal

Una vez practicadas las primeras diligencias por la hipótesis de lesiones personales, la Inspección de Policía las pasó por competencia al Juzgado Noveno Penal Municipal de Cúcuta, despacho que al tener conocimiento del fallecimiento de la víctima remitió lo actuado al Juzgado Dieciocho de Instrucción Criminal a quien por reparto le había correspondido aprehender la correspondiente investigación.

Vinculado con injurada el sindicado Paredes Hernández, el Juzgado le resolvió su situación jurídica absteniéndose de decretar medida de aseguramiento en su contra, pero cuando entró a regir el nuevo ordenamiento procesal, el proceso pasó a un fiscal Delegado de la Unidad Primera Especializada de Vida quien al considerar perfeccionada la investigación ordenó su clausura y mediante providencia del 13 de septiembre de 1993 emi-

tió resolución de acusación en contra del indagado, disponiendo además su detención preventiva sin beneficio de excarcelación, razón por la cual ordenó la captura (fols. 214 a 221).

El pliego de cargos se notificó en forma personal tanto al agente del Ministerio Público como al defensor del acusado, a aquél en la misma fecha en que se produjo la ameritada resolución y a éste al día siguiente (fols.224), y por estado al procesado luego de habérsele citado mediante comunicación enviada a la dirección suministrada por él en su indagatoria (fls. 222 y 224).

El juicio se adelantó en el Juzgado 9° Penal del Circuito de Cúcuta, despacho que tras evacuar la vista pública sin escollo alguno, por fallo del 14 de diciembre de 1994 culminó la instancia declarando la responsabilidad penal de Paredes Hernández respecto del cargo formulado en la acusación e imponiéndole las sanciones a que ya se hizo referencia.

Por vía de apelación interpuesta y sustentada por el defensor del procesado, el Tribunal Superior de Cúcuta confirmó la sentencia en cuestión el 14 de marzo de 1995, modificándola únicamente en el sentido de adecuar la pena corporal al marco punitivo estipulado en el respectivo tipo penal, por lo que quedó en el mínimo previsto de dos años de prisión en lugar de los doce meses deducidos en el fallo de primera instancia. Contra dicha determinación el Defensor interpuso el recurso de casación que ahora la Sala se apresta a desatar.

La Demanda

El casacionista invoca como sustento del reproche la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, al estimar que la sentencia recurrida se emitió en un juicio viciado de nulidad por infracción al artículo *"29 de la Constitución Nacional, el Art. 1° del C. de P.P. y asonantes"*... y "el art. 440 del C. de P.P. y consonantes".

Para fundamentar el cargo, el recurrente aduce que es *"prerrogativa constitucional" el derecho que le asiste al acusado de ser notificado del pliego de cargos*, "ya que esto es parte del derecho de defensa, especialmente el que atañe a la contradicción o controversia de los criterios judiciales expuestos en las providencias, siendo necesario para ello, la comunicación legal de ese acto a la parte afectada".

Luego realiza un parangón entre lo que sobre la materia regulaba la legislación anterior (artículo 472 del Decreto 050 de 1987) y lo que establece la actualmente vigente (artículo 59 de la Ley 81 del 2 de noviembre de 1993 que modificó el artículo 440 del Decreto 2700 de 1991), para indicar que la notificación del pliego de cargos al procesado no privado de la libertad debe hacerse citándolo por el medio más eficaz a la última dirección conocida en el proceso, de lo cual debe dejarse constancia a fin de evitar

"*subterfigios* (sic) o *manipulaciones indebidas*", y si transcurridos 8 días no compareciese, la notificación personal debe hacerse al defensor.

El incumplimiento de aquella formalidad acarrea nulidad por resquebrajar el derecho fundamental de igualdad de las partes, atentándose "*en forma grave contra la garantía del contradictorio*" y socavándose por contera el derecho de defensa y el del debido proceso, sostiene el censor con apoyo en lo que sobre el particular enseñan un doctrinante nacional y la jurisprudencia de antaño, vicio este -agrega- que inclusive se preveía como causal de invalidez en el Código de Procedimiento Penal de 1971.

Ante "*la falta de la notificación de la providencia principal de cargos*" a su asistido, alega el recurrente, el acusado no pudo controvertir el criterio expuesto en la providencia por el funcionario calificador, ni las pruebas allegadas en su contra, y menos tuvo información de que el Estado lo requería en el juicio de marras, tornándose *nugatorio* su acceso a los recursos de ley, en detrimento de los derechos a un debido proceso y a la defensa por cuanto si diligentemente se procuró notificar la susodicha pieza procesal al Ministerio Público, lo mismo debió hacerse con el procesado para que hubiera estado en el mismo "*pié de igualdad*" con aquél. Y agrega que del cumplimiento de tal acto formal "*parte la real controversia probatoria para la causa, donde se realiza el verdadero debate jurídico y fáctico de los medios de prueba; y, si no se procede a hacer una efectiva notificación al sindicado y/o a su defensor, se merma ese derecho constitucional de la contradicción*".

Posteriormente el libelista dirige el ataque hacia el medio utilizado para hacer comparecer al procesado a fin de enterarlo del pliego de cargos, y advierte que la notificación se realizó indebidamente porque a su defendido "*no se le citó por medio eficaz para que concurriera a notificarse del proveído calificatorio del sumario*", dejándose sólo constancia en el expediente de "*una supuesta copia de telegrama enviado presuntamente a la residencia de mi prohijado*", lo cual "*no es prueba de la eficacia del citatorio, ni de su envío*", arguye. Para demostrar su aserto efectúa una reseña de la actuación procesal llevada a cabo desde el momento en que se expidió la resolución acusatoria hasta el instante en que el proceso se remitió al Juez del conocimiento.

Con la afirmación de que la irregularidad referida está consagrada como causal de invalidez en el artículo 304, ordinales 2 y 3 del Código de Procedimiento Penal, concluye que la nulidad debe decretarse "*a partir de la Resolución Calificatoria del sumario de marras, exclusive, y se ordene reponer este proceso, desde la notificación de ese proveído calificatorio*", sin que la circunstancia de no haberse alegado el vicio en la oportunidad prevista en el artículo 446 ídem en nada se oponga a su aspiración, como quiera que además de estar consagrada dicha irregularidad como causal de casación, el artículo 29 de la Carta Política "*donde se obliga al respeto del*

debido proceso como del derecho de defensa" está por encima de la citada norma legal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Considera el Procurador Tercero Delegado en lo Penal que lo argüido por el censor como fundamento de la pretensión es que a su defendido se le vulneró el derecho de defensa y el debido proceso, "*como consecuencia de no haberse notificado la resolución de acusación al procesado, de acuerdo con las previsiones legales*".

La Delegada de entrada advierte que para el asunto *sub lite* la legislación vigente era la del Decreto 2700 de 1991, en sus artículos 440 y 190, en armonía con el 188, modificados posteriormente por la Ley 81 de 1993, y que por tanto la notificación de las providencias judiciales sólamente debía hacerse en forma personal al Ministerio Público y al sindicado privado de la libertad, pero que en tratándose de la resolución calificatoria se procedía al enteramiento personal si ello fuere posible pero en el caso contrario era viable hacerlo por estado "*cuando no se hubiere podido hacer notificación personal, habiéndose intentado*".

Advierte que como "*una clara demostración de la protección al derecho a la defensa*", lo que aquella normatividad pretendía era que en "*lo humanamente posible*" se realizaran esfuerzos para enterar a los sujetos procesales del contenido del pliego de cargos de manera personal, mas en este caso, de acuerdo con las piezas que le sirven al recurrente para la censura, lo que se evidencia es "*la manera eficaz*" como se intentó producir la notificación del procesatorio al acusado, a la luz de lo establecido para el efecto por el Decreto 2700 de 1991.

Si con prontitud la defensa conoció ese pliego de cargos -razona el Ministerio Público- y por estado se comunicó dicha determinación a quien no fue posible localizar para enterarlo personalmente de ella, la circunstancia de que se hubiera acudido a ese medio supletorio de notificación poco tiempo después de la fecha en que se envió el citatorio al implicado, en nada conculca los derechos de éste, máxime cuando teniendo la oportunidad de ejercer la defensa material su actuación durante el desarrollo del proceso "*fue mínima*", presentando tan sólo una petición de libertad.

Además, si el derecho de defensa como "*unidad inescindible*" lo realizan el defensor y el procesado en el entendido de que el primero ejerce la defensa técnica y el segundo la material, no está claro cómo se aduce la imposibilidad de controvertir el criterio plasmado en su proveído por el funcionario calificador por supuesta limitación a la facultad de impugnación, cuando a ello hubo lugar por parte del defensor con la interposición de los recursos ordinarios previstos por la ley; pero desechada esa oportunidad por el profesional del derecho cuando la tuvo aún en el juicio donde bien pudo

alegar la nulidad ahora argüida, su "*inactividad*" no se puede "*magnificar*" ahora pretendiendo la invalidación de la actuación por un supuesto vicio que en hora y punto conoció y en su momento no invocó, remata la Agencia del Ministerio Público.

Como colofón de su solicitud de "*NO CASAR la sentencia impugnada*" por la improsperidad del cargo al no vislumbrar que al procesado se le hayan conculcado las garantías fundamentales cuya protección reclama, expresa la Delegada: "*De allí que la inercia manifiesta del defensor, en el hecho de no haber presentado alegatos precalificatorios, ni impugnado la calificación, como también la no exoración de pruebas en la etapa del juicio, pone de presente una particular, singular y personal estrategia defensiva, que para nada afecta la invulnerabilidad de la garantía a la defensa*".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sea lo primero destacar la imprecisión que la Sala advierte en la formulación del único cargo esgrimido por el censor para atacar la sentencia recurrida en casación.

El libelista en primer término señala que se profirió sentencia en un juicio viciado de nulidad porque, "*ante la falta de notificación de la providencia principal de cargos*" al procesado, se hizo "*nugatorio*" el ejercicio del derecho de defensa que le asistía y por contera se avasalló el debido proceso, dado que el acusado no pudo interponer los recursos de ley "*para controvertir las pruebas (...) o por lo menos, el criterio judicial expuesto por el instructor*".

No obstante lo anterior, a renglón seguido reconoce que dicha notificación sí existió pero realizada en indebida forma puesto que a su "*prohijado, no se le citó por medio eficaz para que concurriera a notificarse del proveído calificatorio del sumario*".

En este orden de ideas, carece de toda lógica el planteamiento del cargo ante la manera contradictoria como se formula, pues no se pueden predicar simultáneamente la preterición y la existencia, aunque con vicios, del acto procesal cuestionado. Esta argumentación bastaría para desestimar la censura, mas en aras de la claridad la Corte se permitirá hacer otras precisiones para ver de concluir cómo en el asunto a examen las afirmaciones del opugnador riñen con la realidad que muestra el expediente.

En efecto, contrariamente a lo inicialmente afirmado por el censor, es menester reiterar que la notificación del pliego de cargos al procesado Paredes Hernández, quien para ese momento no se hallaba privado de la libertad, se efectuó por estado conforme a lo dispuesto por la normatividad vigente a la sazón que no era otra que el original artículo 440 del Decreto 2700 de 1991, en armonía con el 190 *ibidem*, pues la calificación del res-

pectivo sumario se produjo el 13 de septiembre de 1993 y la modificación introducida al mencionado canon por el artículo 59 de la Ley 81 de 1993 sólo cobró vigencia a partir de la fecha de su expedición, esto es, el 2 de noviembre del mismo año.

Prescribían aquellas normas:

"Artículo 188. Notificación personal al sindicado privado de la libertad y al Ministerio Público. Las notificaciones al sindicado que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público se harán en forma personal."

"Artículo 190. Notificación por estado. La notificación por estado se hará en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil, cuando no se hubiere podido hacer la notificación personal, habiéndose intentado."

"Artículo 440. Notificación de la providencia calificatoria. La resolución calificatoria se notificará personalmente, cuando sea posible."

Por su parte, es disposición de la ley procesal civil que la inserción en el estado se haga *pasado un día* de la fecha del auto.

Así pues, si se repara en la actuación cumplida a folios 222 y 224, se verá que aquellas preceptivas se observaron a cabalidad como quiera que en *lo posible* se *intentó* la notificación personal de la resolución de acusación al justiciable, para lo cual se libró cita telegráfica a la dirección suministrada por él mismo en el proceso, pero ante su no comparecencia la notificación debió evacuarse por estado fijado el día 15 de septiembre, o sea, dos días después.

El argumento de que el citatorio hecho por vía telegráfica no constituye medio eficaz para el emplazamiento no pasa de ser la particular e interesada apreciación del recurrente, como tampoco es de recibo la deleznable afirmación de que la copia agregada al expediente como respaldo del envío de dicha comunicación no constituye prueba fehaciente de su efectiva transmisión.

En efecto, como atrás se dijo, el telegrama se remitió a la dirección consignada por el propio sindicado en la diligencia de compromiso suscrita para continuar disfrutando de libertad luego de rendir indagatoria (fols. 51), y esta dirección no sólo coincide con la que registró al momento de obtener la cédula de ciudadanía (fols. 293), sino que además resulta ser la misma a donde se envió el telegrama de citación para suscribir la nueva diligencia de compromiso con ocasión del subrogado de condena de ejecución condicional que le fue otorgado en la sentencia de primer grado (fols. 318), oportunidad en la cual compareció puntualmente al juzgado (fols. 324), demostrando con ello que la dirección residencial a la cual fue llamado para enterarlo de la resolución acusatoria era la correcta y por ende que sí era eficaz el medio empleado para la citación.

Por consiguiente, ningún homenaje hace el casacionista a la realidad procesal y tampoco su razonamiento es correcto cuando acude

amañadamente a la regulación de los artículos 59 y 25 de la Ley 81 de 1993 para so pretexto de una supuesta preterm isión de términos poder alegar el quebrantamiento a las formas propias del juicio o el atentado al derecho de defensa que, como ya se vio brillan por su ausencia.

En nuestro ordenamiento jurídico-penal es verdad de a puño que la notificación personal de la resolución de acusación al procesado, o la ficta por estado cuando no estando éste privado de libertad resulta fallido el intento por lograr su comparecencia para enterarlo en persona del cargo por el cual debe responder en juicio, es un derecho que ciertamente le asiste a aquél para conocer la imputación y poder ejercer su defensa con la impugnación del procesatorio y la controversia de los medios de prueba aducidos en su contra, pero deducir de allí que el propio y voluntario silencio constituye quebranto al derecho de defensa es conducta rayana en la deslealtad procesal, como bien lo advierte la Delegada, en la medida en que cuando esa "*estrategia defensiva*" no rinde sus frutos el censor opta por aferrarse al extraordinario recurso como última tabla de salvación para tratar de presentar el resquebrajamiento de la estructura de un proceso tramitado al amparo de la legalidad que lo rige, alegando vicios inexistentes o ya saneados por el mutismo cómplice de quien pudiendo hacer lo contrario voluntariamente omite el ejercicio de los derechos que le resultan disponibles, todo lo cual se entiende purgado conforme al mandato del artículo 308-1 y 4 del Código de Procedimiento Penal.

Es que, de haber existido la fementida irregularidad en la notificación del pliego de cargos, el hecho de que al conocerla tanto el procesado como su defensor omitieran ejercer el acto de postulación que la anomalía sugería, buscando incluso que la audiencia de juzgamiento se realizara pronto (fols. 266), permite inferir que no les asistía el más mínimo interés para hacer valer los derechos presuntamente conculcados, provocando con ese asentimiento tácito que las consecuencias convalidantes surtieran sus efectos, pues resulta verdaderamente ocioso retrotraer una actuación con la declaratoria de nulidad a fin de que el actor ejercite un derecho del cual por anticipado se sabe no va a hacer uso.

El anterior ha sido el criterio de la Sala, pacíficamente reiterado, entre otras, en la siguiente decisión:

"En todo proceso, existen actos de naturaleza esencialmente estructural, sin los cuales la actuación se torna inevitablemente irrita, resultando su cumplimiento, por tanto, obligatorio, y otros de índole circunstancial, que se caracterizan por ser susceptibles de disponibilidad, en cuanto solo se cumplen por iniciativa de las partes o en la medida que éstas no renuncien a su práctica.

En tratándose de estos últimos, su proposición o desistimiento debe hacerse dentro de los términos que la ley establece para ello, a menos que los sujetos procesales no estén interesados en hacer uso de este derecho, en

cuyo caso basta, para que la oportunidad precluya, que las partes dejen correr los términos en silencio.

Cuando el acto de postulación discrecional deja de ejercerse, no por voluntad de la parte, sino porque se la priva irregularmente de la oportunidad de hacerlo, los efectos invalidatorios del vicio no solo dependerán de su trascendencia, sino de la circunstancia de no haber sido saneada con motivo de la actitud procesal asumida por la parte afectada, como acontece cuando guarda silencio frente a la irregularidad, pues, entonces, habrá de entenderse, con fundamento además en el artículo 308.4 del estatuto procesal, que dispone del derecho que le fue socavado, renunciando a su eventual ejercicio.

En concreto, esta es la situación que se presenta cuando por una indebida notificación de la resolución de acusación, el procesado o su defensor se ven privados de la oportunidad de ejercer el derecho a la defensa, a través del acto de impugnación o de la controversia probatoria, ambos de naturaleza discrecional. Si, al enterarse del proferimiento del pliego de cargos, guardan silencio en torno a la irregularidad que se ha presentado, o solicitan la prosecución del trámite procesal, ha de entenderse que no están interesados en ejercer los derechos de los cuales fueron privados con motivo de la informalidad, y que ésta, en consecuencia, ha sido convalidada, por consentimiento del interesado.

Totalmente inútil y despojado de razón resultaría retrotraer el proceso para que la parte afectada tenga la oportunidad de hacer uso de un derecho que no pretende ejercitar, solo porque se presentó una irregularidad en la actuación. Este no es, ni debe ser, el fundamento de su declaración, pues, como lo sostiene el Procurador Delegado en su concepto, no es la simple alteración del trámite procesal, sino el resquebrajamiento de las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, o el desconocimiento cierto de las garantías esenciales, lo que conduce a la aplicación de este mecanismo extremo de corrección procesal.

Esta solución, que no es nueva, permite, además del saneamiento del proceso, hacer efectivo el principio de lealtad procesal, obligando a la defensa a pronunciarse oportunamente sobre el vicio, para que, corregido, pueda hacer uso de las facultades de impugnación y controversia probatoria, si la oportunidad de hacerlo le fue realmente negada por causa de la indebida notificación del pliego de cargos, pues, si guarda silencio, la irregularidad quedará cobijada por los efectos convalidantes de su actitud." (Sentencia febrero 12 de 1998. M.P. Fernando Arboleda Ripoll).

Resulta evidente lo infundado del cargo y en consecuencia la demanda debe ser desestimada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, devuélvase y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DILIGENCIAS

Es de precisarse que la prohibición de realizar registros nocturnos desapareció con la entrada en vigor del Decreto 050 de 1987, estatuto que regía cuando se practicó el que es objeto de cuestionamiento, pudiéndose cumplir a cualquier hora, y que su validez, por tanto, no puede verse afectada por la circunstancia de haber sido practicado en las horas de la noche, además de que esta limitación no regía cuando mediaba consentimiento del morador (Cfr. art. 356 Decreto 409 de 1971).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Proceso No. 11640

Aprobado acta No.109

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 25 de octubre de 1994, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó a las procesadas Mery Alvaran Valencia, Angela María Ramírez Alvaran Y Luz Vianey Ramírez Alvaran, a la pena principal de 24 años de prisión como coautoras responsables de los delitos de homicidio en concurso homogéneo y conservación de armas de fuego de uso privativo de la fuerza pública, y al acusado Juan Carlos Castillo Delgado, a la principal de 20 años de prisión, como coautor en los homicidios.

Hechos y Actuación Procesal

El 17 de diciembre de 1990, en las horas del medio dia, las hermanas Ana Patricia y Martha Lucía Escobar Sánchez salieron de su residencia ubicada en el Municipio de Itagüí (Antioquia), en compañía de Kenny Andrei y Daniel Esteban (hijos menores de Ana Patricia), hacia la casa de Mery Alvarán Valencia, situada en la calle 53 No.79-56 de Medellín, quien se había comprometido a suscribir en favor de la primera un documento mediante el cual se obligaba a traspasarle la finca de recreo "Villa Lucía", ubicada en el Municipio de Girardota.

Dicho inmueble aparecía a nombre de Fernando León Ramírez Alvarán (hijo de Mery), pero había sido realmente adquirido por Norbey de Jesús Alvarán Valencia (compañero permanente de Ana Patricia y hermano de aquélla), quien al comprarlo decidió que los documentos se hicieran a nombre de su sobrino, siendo el motivo de la reclamación la muerte de Norbey de Jesús el 25 de octubre de 1989 y de Fernando León el 21 de septiembre de 1990, ambos en atentados (fols. 220.1).

Ana Patricia y Martha Lucía se movilizaban en el vehículo mazda 323 de placas QA-8145, de propiedad de su cuñado Juan Carlos Castillo Delgado (compañero permanente de Beatriz Helena, otra hermana), quien asegura habérselo prestado ese día, al término de la mañana, para dirigirse al sitio de la cita. Las hermanas Escobar Sánchez (Ana Patricia, Martha Lucía, María Eugenia y Beatriz Helena) compartían con Juan Carlos y sus hijos (Kenny Andrei y Daniel Esteban) la misma residencia (fols.6, 17, 19-1).

Entre las 8 y 9 de la noche del referido día, unidades de la Policía Nacional, alertadas por la presencia de un carro abandonado en la carrera 79 con calle 51 de Medellín, se dirigieron al lugar, encontrando en el baúl los cuerpos sin vida de Ana Patricia y Martha Lucía, sobre una sábana de fondo blanco con rayas a colores, quienes presentaban heridas con arma de fuego y arma blanca (fols.13 y 165-1).

Por una carta hallada en el interior del vehículo en la que aparecía el nombre y la dirección de Juan Carlos Castillo Delgado, se logró su ubicación, siendo llevado al lugar del hallazgo, donde reconoció el automotor y las víctimas. Sometido a interrogatorio por los investigadores de Policía Judicial, manifestó que los autores del doble homicidio podían ser los miembros de la familia "ALVARAN", hacia donde sus cuñadas habían salido con el propósito de cumplir una cita, y con quienes tenían diferencias por la titularidad de una finca, habiéndose ofrecido a guiarlos hasta su residencia, no sin informarles que en su interior había caletas y seguramente armas y personas secuestradas (fols.1, 44, 48-1).

Obtenida esta información, los Subtenientes Luis Fernando Támara Gómez, tecnólogo en criminalística, y Henry David Torres Orjuela, Jefe de Contrainteligencia de la Policía Metropolitana de Medellín, se dirigieron hacia la residencia de la familia Ramírez Alvarán, en donde, después de timbrar e identificarse como miembros de la Policía Nacional, la señora Mery les permitió voluntariamente el ingreso.

En el interior de la residencia se hallaban, además de la dueña de casa, sus hijos Luz Vianey Ramírez Alvarán (20 años), Angela María Ramírez Alvarán (19 años), Julio León Ramírez Alvarán (16 años), Ana Silvia Villegas Alvarán (9 años) y María Isabel Villegas Alvarán (7 años), su hermana María Orfa Alvarán de Flórez en compañía de sus pequeños hijos, y su nieto Juan Camilo (hijo de Angela María).

Informados por los investigadores de la muerte de las hermanas Escobar Sánchez e interrogados los miembros de la familia sobre el conocimiento que pudieran tener de los hechos, Luz Vianey comentó que ese día, encontrándose sola en la casa, aproximadamente a la 1:30 de la tarde, llegaron Ana Patricia y Martha Lucía, en compañía de Kenny y Daniel Esteban. Cuando estaban ingresando al inmueble, aparecieron sorpresivamente 3 tipos que las empujaron hacia adentro y las obligaron a arrodillarse, manifestando que se trataba de un secuestro y que Ana Patricia sabía de qué estaban hablando. Luego de recorrer la casa, abrieron el garaje, entraron el carro y trasladaron a Martha Lucía y Ana Patricia hacia ese lugar. No escuchó nada, solo el motor del vehículo cuando se fueron. Después de un rato llegaron dos motociclistas a recoger al individuo que se quedó con ella y a uno más que vigilaba afuera. En el discurrir de estos hechos un residente de la casa vecina tocó la puerta para pedirle prestada una película, y ella debió decirle, por instrucciones de los plagiarios, que regresara por la noche. Además la amenazaron con matarla junto con toda la familia si avisaba a la policía.

Cuando los intrusos abandonaron la residencia, buscaron con Kenny el número telefónico de la casa de Ana Patricia en la libreta personal de ésta y se comunicaron con María Eugenia, a quien informaron lo sucedido. Minutos mas tarde llegó Juan Carlos por los niños, quien igualmente escuchó su relato. Al marcharse, le dijo que lo mejor era guardar silencio y esperar comunicación de los plagiarios.

Se procedió a efectuar un registro minucioso de la casa durante cuatro horas, hasta lograr descubrir dos caletas, en una de las cuales hallaron los siguientes elementos: 1) Una (1) pistola Star calibre 7,65 No.1622147, pavonada, negra, cachas plásticas, con silenciador. 2) Un (1) revólver hechizo calibre 22. 3) Un (1) revólver hechizo calibre 3.57 (al parecer de dardos) con número de patente 4.422.433. 4) Treinta y tres (33) cartuchos calibre 22, trece (13) cartuchos calibre 9 mm., siete (7) cartuchos 380 mm., un (1) proveedor para pistola 9 mm. y un (1) proveedor para pistola 7.65 mm. con siete (7) cartuchos (fols. 1, 4, 43).

En el garaje, detrás de unos estantes, fueron también hallados una hebilla para cabello color blanco y un arete del mismo color con huellas de sangre y cabellos adheridos a la misma y, en una de las alcobas, un juego de sábanas y de fundas similares a la encontrada en la cajuela del vehículo.

Terminada la diligencia de registro, de cuya acta se aportó copia al proceso (fol.53), se dispuso el traslado de Mery Alvarán Valencia, Luz Vianey y Angela María Ramírez Alvarán, y de los elementos hallados, a las dependencias de la Policía Judicial, donde fueron escuchadas en versión libre (fols.7, 8 y 9-1).

Mery explicó que ese día no se encontraba en la casa cuando ocurrió el plagio, puesto que había salido hacia la residencia de Oliva Londoño en

compañía de Elvia de Jiménez, quien la recogió en su casa. Al regresar, a eso de las 5:45 de la tarde, se enteró de lo ocurrido. No sabía de la existencia de las caletas en los closet ni menos de las armas. Cuando mataron a su hijo Fernando León, le dijo a Ana Patricia que si quería le hacía los papeles de la finca, no por miedo sino porque era mejor así, pero sin que se presentara problema entre ellas (fols.7-1).

Vianey se mantiene en el relato que hizo de los hechos a Juan Carlos y los investigadores. No sabe quién citó a las hermanas Escobar Sánchez a su casa. Sobre las caletas halladas en su residencia explicó que estos eran inicialmente dos huecos y que su hermano, al adquirir la casa, mandó a poner las tapas, pero no sabía qué guardaba allí, aún cuando él sí tenía armas. No se explica dónde pudieron haber encontrado la hebilla y el arete, pues en el garaje, cuando cerró la puerta, no vio nada. En relación con la finca de recreo, comenta que está a nombre de su hermano Fernando, quien la recibió de su tío Norbey de Jesús, y que al morir éste, Ana Patricia empezó a recoger todas las propiedades, pero nunca reclamó dicha finca (fols.8 y vto.).

Angela María relató que ese día salió de la casa aproximadamente a la 1:10 de la tarde, hacia los almacenes Exito a comprar una sudadera. Cuando regresó, siendo las 2:20 o 2:30, encontró a su hermana Vianey en compañía de Kenny buscando un teléfono para llamar a María Eugenia, a quien le comentaron lo sucedido. Como a la hora llegó Juan Carlos por los niños. Problemas por la finca realmente no había porque su tío Norbey se la escrituró a su hermano Fernando, y cuando éste murió la finca entró en sucesión, y su mamá le ordenó al abogado que cuando terminara el proceso hiciera las escrituras a nombre de Ana Patricia. Sabía de la existencia de las caletas, pero no de las armas, y explica, en relación con la sábana hallada en el vehículo, que los investigadores debieron darse cuenta de la existencia en el garaje de unas colectas de ropa y un trasteo, razón por la cual cree que la pudieron haber tomado de allí. Dice sospechar de Juan Carlos, por ser la persona que le venía administrando los bienes a Ana Patricia (fols.9, 9 vto. y 10-1).

Al proceso fueron vinculados mediante indagatoria Mery Alvarán Valencia, Luz Vianey Ramírez Alvarán y Angela María Ramírez Alvarán, y por declaración de persona ausente Juan Carlos Castillo Delgado (fols.34, 37, 29, 417 y 418-1). Las primeras mantuvieron en lo sustancial sus versiones, agregando que durante la diligencia los oficiales apagaron las luces, las amenazaron de muerte, registraron la casa sin permitir acompañamiento, torturaron físicamente a Julio León metiéndolo de cabeza en una lavadora, y se apoderaron de joyas y dólares.

La investigación estableció que el Subteniente Henry David Torres Orjuela, quien estuvo presente en la diligencia de levantamiento de los cadáveres e intervino en el registro de la residencia de la familia Ramírez

Alvarán, mantenía amistad con Ana Patricia, a quien conoció en el mes de julio de ese año (1990) con motivo de la muerte de Iván Darío y Luz Helena Escobar Sánchez (hermanos suyos) y Diego Fernando Castillo Delgado (hermano de Juan Carlos), quienes perdieron la vida en un enfrentamiento con una patrulla de la Policía Nacional el 9 de julio de 1990 (fols.48, 202, 203, 204, 232-1).

Los Oficiales Luis Fernando Támara Gómez y Henry David Torres Orjuela, en declaraciones rendidas el 27 de diciembre siguiente, relataron la forma como se adelantó la diligencia de registro, dejando en claro que al llegar se identificaron como miembros de la Policía Nacional, y le pidieron a la señora de la casa autorización para realizar un registro, que demoró cerca de cuatro horas. No es cierto que los miembros de la familia hubieran sido torturados, ni que se apoderaran de bienes de su propiedad. Afirman que la pistola olía a pólvora y que el garaje presentaba signos de haber sido lavado recientemente. Sus puertas presentaban algunas pequeñas manchas al parecer de sangre y en el ambiente se podía percibir el olor característico de ésta. El laboratorio móvil de la policía tomó muestras de las manchas para examen y fotografías del lugar, pero este material nunca fue allegado al proceso (fols.44 y 48-1). Contra estos oficiales se presentó un atentado el 2 de enero de 1991, perdiendo la vida Torres Orjuela (fols.59, 74-1).

El 5 de los citados mes y año, el Secretario del Juzgado instructor (Décimo de Orden Público de Medellín), denunció la desaparición de las oficinas del Juzgado de la pistola Star, el silenciador, el proveedor y la munición incautados en la diligencia de registro (fols.55, 57 y 70-1). Remitidos al Instituto de Medicina Legal la hebilla, dos aretes (uno incompleto) y un moño, para establecer la presencia de sangre humana en estos elementos, se obtuvo resultado positivo (fols.368, 455, 456 y 457-1).

Los protocolos de necropsia de las víctimas informan de la presencia de dos impactos de arma de fuego en la cabeza de cada una de ellas, y una lesión adicional con arma blanca a nivel de línea media escapular izquierda en el cuerpo de Ana Patricia (fols.174 y 176-1). De igual manera, de la recuperación de dos proyectiles, cuyo examen en balística arrojó los siguientes resultados: "proyectil blindado con camisa de ferrocobre y núcleo de plomo calibre 7, 65 mm", disparados con arma semiautomática (pistola) de similar calibre (fols.349 y 350-1).

Del proceso hacen parte los testimonios de María Eugenia Escobar Sánchez (fols.19); Silvio de Jesús Villegas Jaramillo (segundo esposo de Mery), quien falleció en un atentado el 21 de febrero de 1991 (fols.75 y 234-1); Myriam y María Orfa Alvarán Valencia, hermanas de ésta (fols.116 y 123-1); Julio León Ramírez Alvarán (fol.120 vto.-1); Jesús Antonio Ramírez Giraldo, hermano del primer esposo de Mery (fols.430-1); Carlos Arturo Cataño Correa, vecino de las acusadas, quien se refiere al llamado que le

hizo la tarde de los hechos a Luz Viancy para que le facilitara unas películas (fols.428-1); Elvia Esther Aristizábal de Jiménez y Carmen Julia Londoño (Oliva), personas con quienes habría estado Mery Alvarán Valencia la tarde del insuceso (fols.150 y 152-2); Ernesto Rivera García, abogado que elaboró en el mes de diciembre de 1990 algunos documentos a instancias de Ana Patricia, entre ellos un escrito de promesa en el cual Mery Alvarán se comprometía a enajenar en favor de aquélla la finca situada en Girardota (fols.77 y 109-1); Hilda Nora Zapata de Botero, modista de las hermanas Ana Patricia y Martha Lucía (fols.111 vto.-1); y, Héctor de Jesús Jurado Aranas, médico de la familia Ramírez Alvarán, quien declara sobre su buena conducta (fols.429-1).

Por auto de 4 de enero de 1991, el instructor resolvió la situación jurídica de las procesadas Mery Alvarán Valencia, Luz Viancy Ramírez Alvarán y Angela María Ramírez Alvarán con medida de aseguramiento de detención preventiva por los delitos de homicidio y conservación ilegal de armas de fuego de uso privativo de la fuerza pública, el primero en concurso homogéneo; y, por auto de 23 de abril de 1992, la de Juan Carlos Castillo Delgado, con medida de aseguramiento de detención preventiva por el doble homicidio (fols.61 y 470-1).

Cerrada la investigación se la calificó con resolución acusatoria por los referidos ilícitos, con la aclaración de que respecto de los homicidios concurrían las circunstancias agravantes de los numerales 1°, 4° y 7° del artículo 324 del Código Penal, y que los procesados respondían en calidad de coautores (fols.7 y 44-2). Esta decisión fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, mediante proveído de dos (2) de agosto de 1993 (fols.28-3).

Rituada la causa, un Juzgado Regional de Medellín condenó a las procesadas Mery Alvarán Valencia, Luz Vianey y Angela María Ramírez Alvarán a la pena principal de 24 años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como autoras responsables de los delitos de homicidio (doble) y conservación de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas Militares; y al acusado Juan Carlos Castillo Delgado a la pena principal de 20 años de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, como coautor en el doble homicidio (fols.213-2).

Impugnado este fallo por las procesadas y el defensor de Juan Carlos Castillo Delgado (fols.232, 243, 245 y 279-2), el Tribunal Nacional, mediante el suyo que ahora es objeto del recurso de casación, lo confirmó en todas sus partes (fols.3 y ss. cd. Tribunal).

Las Demandas

A nombre de Mery Alvarán Valencia:

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, el demandante acusa la sentencia impugnada de violar indirectamente la

ley sustancial por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, que llevaron a la aplicación indebida de los artículos 324 del Código Penal y 2° del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, así:

a) Error de derecho por falso juicio de legalidad al habérsele dado validez a la diligencia de allanamiento y registro practicada por los oficiales Henry David Torres Orjuela y Luis Fernando Támara Gómez la noche del 17 de diciembre de 1990 en la residencia de la familia Ramírez Alvarán, sin orden de autoridad judicial competente.

La falta de mandamiento escrito del Juzgado que efectuó el levantamiento de los cadáveres, la hora en que se practicó el allanamiento, las intimidaciones proferidas a los miembros de la familia y la intervención del oficial Torres Orjuela, amante de Ana Patricia, convierte en ilegal su práctica. La sola presencia del citado oficial, quien estaba en contacto permanente con Juan Carlos Castillo, toman sospechosa su actuación e irregular la prueba aducida. Desconcierta que haya sido él quien encontrara la pistola, la hebilla, el arete, los fragmentos de cabello, quien buscara afanosamente joyas, y quien pretendiera que Luz Vianey tomara con sus manos el arma.

Los indicios que los fallos aducen para afirmar la responsabilidad de Mery Alvarán Valencia en los hechos, como el hallazgo en la casa de la pistola, la hebilla y el arete, la circunstancia de encontrarse el garaje recién lavado, y el olor a sangre, no pueden ser valorados como tales debido a que la prueba es nula de pleno derecho por haber sido irregularmente aducida, según lo establecido en la Carta Política (art.29).

b) Incurrió también el juzgador en error de hecho por falso juicio de identidad al apreciar la indagatoria de Luz Vianey, quien afirma que cuando sucedieron los hechos estaba sola en la casa, lo cual quiere decir que ni Mery ni Angela María se encontraban presentes, no existiendo en el recaudo probatorio elemento de juicio alguno que permita llegar a conclusión distinta.

c) Error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación del acta de necropsia de Ana Patricia, puesto que el juzgador afirma que solo recibió "disparos con arma de fuego", cuando la verdad es que también fue lesionada con arma corlopunzante, lo cual permite inferir la intervención plural de personas en el hecho.

También distorsionó el protocolo de necropsia y el acta de levantamiento de los cadáveres al sostener que en el garaje de la casa "se causó la muerte violenta de las mellizas Ana Patricia y Martha Lucía", lo cual es una suposición, ya que estas pruebas no permiten deducir si la muerte se produjo o no en el interior de la residencia.

d) Ignoró el juzgador, incurriendo en error de hecho por falso juicio de existencia, los testimonios de Luz Angela Jiménez, Myriam Alvarez Valencia y María Orfa Alvarán, cuando afirman que entre las hermanas Escobar Sánchez y la familia Ramírez Alvarán no existía enemistad, lo cual resultó importante en el proceso de auscultación del móvil.

e) Se incurrió también en error de hecho por falso juicio de existencia al haber sido ignorados los testimonios de Luz Angela Jiménez Hoyos y Elvia Esther Aristizábal, quienes reafirman la versión de Mery en el sentido de que la tarde de los hechos no se encontraba en su casa.

Si el sentenciador no hubiera incurrido en estos errores, habría dejado de aplicar los artículos 324 del Código Penal y los Decretos 3664 de 1986 y 2266 de 1991. Por consiguiente, pide que se case la sentencia y en su lugar se absuelva a su representada (fols.57 del cuaderno del Tribunal).

A nombre de Luz Vianey Ramírez Alvarán:

Dos cargos, uno al amparo de causal tercera y otro con fundamento en la primera, presenta el demandante contra la sentencia impugnada.

Causal tercera:

El fallo se profirió en un juicio viciado de nulidad por incompetencia de los funcionarios judiciales que conocieron del proceso, con violación de los artículos 256, 264 y 304.1 del estatuto procesal.

En la diligencia de registro fueron incautadas armas de fuego, cartuchos, proyectiles y otros elementos que era necesario someter al análisis de expertos en balística con el fin de elucidar su naturaleza, estado de funcionamiento, calibre, boca de fuego, alcance, aptitud de lesividad y, sobre todo, si se trataba de armas de defensa personal o de uso privativo de las Fuerzas Armadas, para poder fijar la competencia, prueba que hubiera permitido conocer, además, si los proyectiles hallados en los cuerpos de las víctimas fueron disparados con estas armas.

Este cotejo se tornó un imposible debido a la desaparición del material incautado. Y si la pericia no logró efectuarse, ni sus resultados contradecirse, mal puede el juzgador concluir que se está en presencia de dispositivos de uso exclusivo de la fuerza pública. Por tanto, se ha incurrido en un vicio *in procedendo* por incompetencia, y en un ostensible error de garantía, en cuanto que la determinación de la naturaleza de las armas tiene profunda incidencia en la dosificación punitiva.

Causal primera:

Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, que llevaron a la aplicación indebida del artículo 324 del Código Penal y Decretos 3664 de 1986 y 2266 de 1991.

a) Error de derecho por falso juicio de legalidad debido a que el juzgador otorgó validez a la diligencia de allanamiento y registro practicada la noche de los hechos en la residencia de la familia Ramírez Alvarán, no obstante haberlo sido sin orden previa del funcionario instructor, con intimidación, y por un funcionario que tenía interés en unos determinados resultados. Su fundamentación es idéntica a la que preside igual cargo en la demanda anterior.

b) Error de hecho por falso juicio de identidad debido que los juzgadores apreciaron incorrectamente la indagatoria de Luz Vianey en cuanto afirma que se hallaba completamente sola cuando llegaron a su casa las hermanas Escobar Sánchez.

En sus distintas actuaciones, la procesada hace idéntica afirmación, y la investigación no ofrece elemento de juicio alguno que la desvirtúe. Y si estaba sola, como ha de aceptarse, resultaba imposible para ella perpetrar la muerte de las dos damas, meterlas dentro del baúl y luego trasladarlas.

El sentenciador no tuvo en cuenta que la versión proporcionada por Luz Vianey en indagatoria es exactamente la misma que expuso extraprocesalmente, la que suministró a los agentes de la policía que conocieron del caso, a los familiares de las víctimas, y la que han explicitado las otras acusadas en sus indagatorias. En el informe policial se hace alusión a su relato, pero esta prueba no fue tenida en cuenta por el juzgador, incurriendo por este modo en un falso juicio de existencia. Tampoco fue tenida en cuenta la advertencia de la procesada cuando sostiene: "yo solo se que a nosotros nos están culpando... porque salimos muy beneficiadas con la muerte de Ana Patricia... pero nosotros no tenemos nada a nombre de ella, el único beneficiado sería Juan Carlos que le administraba a ella mucho dinero".

Esta explicación es acogida en la sentencia recurrida, donde se hace la siguiente reflexión: "Acudió solícito y presto Castillo Delgado a reconocer los cadáveres y a reclamar los bienes. Muertas las mellizas, suya la fortuna. Fue la relación de parentesco lo que originó la codicia de apoderarse de la nefasta herencia. Obsérvese que siempre se ha subrayado su afán por reclamar los bienes, y ese afán no puede situarse... de manera aislada a los acontecimientos que rodearon el violento deceso de las consanguíneas" (fols.79).

Si el más interesado en la muerte de las hermanas Escobar Sánchez era Castillo Delgado, y el móvil venía dado por la codicia ¿ cómo afirmar el mismo móvil en la persona de Luz Vianey, a quien en verdad nada beneficiaba la muerte de las dos hermanas?

c) Error de hecho por falso juicio de existencia al haber sido ignorados por el fallador los testimonios de Luz Angela Jiménez, Myriam Alvarán Valencia, Elvia Esther Aristizábal y Carmen Julia Londoño, cuando sostie-

nen que entre la familia Ramírez Alvarán y las hermanas Escobar Sánchez no existía malquerencia alguna, sino cordiales relaciones. Si estos elementos de prueba hubieran sido apreciados por el juzgador, habría aceptado la inexistencia de móvil en el delito de homicidio (fols.67 cuaderno del Tribunal).

A nombre de Angela María Ramírez Alvarán:

Al igual que en la demanda de casación que viene de ser compendiada, dos cargos, uno al amparo de la causal tercera y otro con apoyo en la primera, presenta el actor contra la sentencia impugnada.

Causal tercera:

En su enunciado y fundamentación este cargo es literalmente idéntico al propuesto en la demanda anterior por incompetencia de los funcionarios que conocieron del proceso. Por consiguiente, se considera innecesario reproducir su contenido.

Causal primera:

Violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 324 del Código Penal y 2° del Decreto 3664 de 1986 (D. 2266 de 1991), debido a errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, así:

a) Error de derecho por falso juicio de legalidad al haber sido apreciada y valorada por el sentenciador la diligencia de allanamiento y registro practicada la noche de los hechos en la residencia de la familia Alvarán, no obstante su ilegalidad manifiesta. Como argumentos de este reparo presenta los mismos que adujo frente a igual cargo en la primera demanda.

b) El *ad quem* ignoró las declaraciones de Elvia Esther Aristizábal, Carmen Julia Londoño, Carlos Arturo Cataño, Luz Angela Jiménez, Julio León Ramírez y María Orfa Alvarán. Si las hubiera analizado, habría concluido que Angela María y Mery no estuvieron en su casa la tarde del 17 de diciembre de 1990 y, por tanto, que no podían ser coautoras de la muerte de las hermanas Escobar Sánchez, si es que se acepta que su ejecución se produjo en dicho lugar, como lo plantea el Tribunal.

Este manifiesto error de hecho, por falso juicio de existencia, llevó al juzgador "a presumir el fenómeno de la coautoría y a presumir el nexo de causalidad entre la acción desplegada por las imputadas y el resultado muerte".

Del estudio del fallo impugnado se concluye que el Tribunal dejó de considerar la prueba testimonial que avala las afirmaciones de Angela María en los siguientes aspectos: a) Su no presencia en el lugar de los hechos; b) La ausencia de interés económico para intervenir en los homicidios; y, c) La existencia de relaciones cordiales con las víctimas.

La ausencia de móvil surge de la declaración del abogado Ernesto Rivera García, quien afirma que el proceso sucesorio de Fernando, hijo de Mery, aún no había sido iniciado. Y si la finca de Girardota estaba a su nombre, y la señora Mery tenía garantizado el derecho sucesorio, qué beneficio reportaba a las procesadas la muerte de las hermanas Escobar Sánchez? Lo mismo no ocurría con Castillo Delgado, quien opuestamente sí tenía interés, como lo reconoce la propia sentencia: "Muertas las mellizas, suya la fortuna".

Si el *ad quem* no hubiera distorsionado el dicho del doctor Rivera García, incurriendo en error de hecho por falso juicio de identidad, no habría afirmado la existencia de móvil económico en las acusadas.

c) Ignoró también el fallador los testimonios de Elvia Esther Aristizábal, Carmen Julia Londoño, Carlos Arturo Castaño, Luz Angela Jiménez y Orfa María Alvarán, quienes dán fe de las cordiales relaciones existentes entre las imputadas y las hermanas Escobar Sánchez. Transcribe los apartes correspondientes de sus dichos y afirma que si el *ad quem* los hubiera tenido en cuenta no habría afirmado, como lo hizo, la existencia de malquerencias e interés económico en la comisión del ilícito.

d) Desconoció igualmente el Tribunal los limpios *Antecedentes* de las procesadas, y los testimonios de Héctor de Jesús Jurado, Arturo Cataño Correa y Jesús A. Ramírez, quienes pregonan la ausencia de vocación criminal de las acusadas, exaltando su buena conducta. Este error de hecho por falso juicio de existencia llevó al juzgador a predicar vocación criminal donde no la había y responsabilidad penal donde no estaba demostrada.

e) Soslayó también el *ad quem* el escrito de Angela María que aparece a folios 489-1, donde afirma: "El día en que sucedió la muerte de Ana Patricia y Martha Escobar Sánchez yo no me encontraba en mi casa, la única razón para que me involucraran en esta investigación fue mi presencia en la casa al momento del allanamiento. Todo lo que sé de cómo se desarrollaron los acontecimientos me lo informó mi hermana Vianey".

Esta versión la ha venido sosteniendo en todas sus actuaciones procesales, sin que haya sido desvirtuada. Por el contrario, aparece confirmada por sus hermanos Luz Vianey y Julio León, y el informe policial suscrito por el Subteniente Luis Fernando Támara Gómez.

Apoyado en estas consideraciones pide a la Corte decretar la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de clausura de la investigación o, en su defecto, proferir sentencia absolutoria en favor de la acusada (fols.84 del cuaderno del Tribunal).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal responde en el siguiente orden los distintos cargos propuestos por el defensor común de las procesadas contra la sentencia recurrida.

Causal tercera

Esta censura debe ser desestimada por cuanto la existencia y naturaleza de las armas incautadas tiene comprobación plena en el proceso, según pudo constatarlo el juzgado instructor, donde fueron recibidas, habiendo verificado que se trataba de una pistola calibre 7.65 mm. con silenciador, un revólver calibre 22 hechizo, un revólver calibre 3.57 hechizo, munición calibre 22.9 mm. y 3.80 mm., un proveedor para pistola 9mm. y uno para pistola 7.65 con siete cartuchos.

La existencia de estos elementos no ha sido puesta en duda ni siquiera por las procesadas, quienes en las indagatorias aceptaron su hallazgo en el interior de la casa. Además, el informe policial hace referencia a su incautación y el instructor los recibió materialmente.

Los Juzgados de Orden público deben conocer de los delitos relacionados con armas de uso privativo de las Fuerzas Militares, dentro de las cuales se encuentran las dotadas de accesorios especiales como silenciadores, que es la situación que se presenta en el caso en estudio.

Cierto es que el dictamen pericial resultaba importante para la investigación, pero su ausencia no desvirtúa la naturaleza del armamento incautado, ni su existencia, ni la circunstancia de tratarse de una pistola calibre 7.65 mm. con silenciador, que fue lo que determinó la competencia de los Juzgados de Orden Público.

El cargo, por consiguiente, debe ser desestimado.

Causal primera

1. En relación con el cargo por error de derecho por falso juicio de legalidad, originado en la apreciación de la diligencia de allanamiento, sostiene que las unidades de la Policía Nacional que participaban en las diligencias de averiguación preliminar, obtuvieron información de Juan Carlos Castillo en el sentido de que en la residencia de la familia Ramírez Alvarán existían unas caletas, razón por la cual se dirigieron al lugar, no sin consultar con sus superiores, habiéndoseles permitido el ingreso al inmueble.

Cierto es que los policiales no contaban en ese momento con orden de autoridad, pero la actitud permisiva de los moradores le quitó a la diligencia el carácter de allanamiento, que como es sabido implica la utilización de la fuerza o la invocación de la prerrogativa constitucional que se concede a las autoridades públicas para penetrar en domicilio ajeno en casos especiales.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio no se quebranta cuando quien tiene el derecho permite el ingreso, caso en el cual la orden escrita de autoridad competente no es necesaria. La diligencia, en dicho supuesto, muta su naturaleza de allanamiento por la de registro, tal como quedó consignado en el acta de la diligencia.

Los fallos de instancia relacionan como evidencia encontrada en la casa de la familia Ramírez Alvarán, las manchas de sangre en las paredes, las sábanas, el olor que se percibía en el ambiente, la hebilla del cabello, los aretes y las armas; todo lo cual les sirvió de fundamento para afirmar la responsabilidad de las implicadas en los hechos.

Y aún cuando se pretendiera desconocer la diligencia de registro "Jurisprudencialmente existe una teoría ampliamente aceptada según la cual es posible desconocer la prueba nula o ilegal, pero las pruebas que de ella se deriven se aceptan; las evidencias que de ella se desprendan, se valoran o aprecian, en tanto que las irregularidades ocurridas al momento de la práctica de una prueba, no pueden afectar la validez misma de unas evidencias cuya existencia material resulta indesconocible"

Dentro de estos parámetros, preciso es concluir que no existió el error denunciado, pues la diligencia contó con la aquiescencia de los dueños de casa, lo cual elimina el carácter ilegal que pretende imprimirle el casacionista. Por consiguiente, este cargo, que es común a las tres demandas, debe desestimarse.

2. Error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de la indagatoria de Luz Vianey Ramírez Alvarán, quien afirma que la tarde de los hechos se hallaba completamente sola en la casa.

En relación con esta censura sostiene que los juzgadores hicieron un análisis del conjunto probatorio, incluyendo testimonios, indagatorias e indicios, para concluir que las tres sindicadas se hallaban en la casa cuando se presentaron los homicidios. Esto lo dedujeron de la indagatoria de Luz Vianey como de los testimonios con los cuales pretendieron respaldar sus dichos, y que se advierten contradictorios, incoherentes y preparados.

En las anotadas condiciones no puede afirmarse que la indagatoria haya sido erróneamente apreciada, pues a su descalificación se llegó después de analizar otros medios de prueba, que permitieron arribar a conclusión contraria.

3. Respecto del error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación del protocolo de necropsia de Ana Patricia, por desconocimiento de la herida causada con arma cortopunzante, la Delegada sostiene que los juzgadores jamás desconocieron su existencia, además que su análisis en nada podría afectar la responsabilidad deducida a las procesadas.

4. En cuanto el error de hecho por falso juicio de existencia, originado en la falta de apreciación de algunos testimonios, afirma que todos fueron examinados y valorados en los fallos, y que la circunstancia de no haber sido acogidos, como lo pretende el demandante, no indica que se incurriera en dicho desacierto.

Distinto de no haber sido considerados, es que a los funcionarios no les brindaran la certeza suficiente para desvirtuar la responsabilidad de

cada una de las acusadas, seriamente comprometida por otros medios de prueba.

5. Error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación del testimonio de Ernesto Rivera. En punto de este ataque, el Procurador afirma que del contenido de la prueba surge clara la connotación económica de los delitos de homicidio, y que esa concreta motivación no logró desvirtuarse con la restante prueba testimonial, ni las indagatorias de las implicadas. Niega, por tanto, que la mencionada prueba haya sido tergiversada, y agrega que no es el único medio de convicción que apunta a demostrar dicho interés.

6. En relación con el escrito de Angela María Ramírez donde reafirma su inocencia alegando que la tarde de los hechos no se encontraba en la residencia, la Delegada sostiene que las pruebas fueron analizadas y valoradas en su totalidad por las sentencias, y las conclusiones obtenidas de ellas, no por disentir de las pretendidas por el casacionista, son ilegales.

Pide, en consecuencia, no casar el fallo impugnado.

SE CONSIDERA:

Nulidad

Este cargo, común a las demandas presentadas a nombre de las hermanas Luz Viancy y Angela María Ramírez Alvarán, se fundamenta en la consideración que la justicia regional carecía de competencia para conocer del proceso, puesto que procesalmente no se acreditó, a través de una pericia técnica, como correspondía hacerlo, que las armas incautadas en la diligencia de registro fuesen de uso privativo de las fuerza pública.

Una primera aclaración que amerita el reproche así propuesto, es que en nuestro sistema procesal penal rige el principio de libertad probatoria, de acuerdo con el cual cualquier medio, regularmente aportado al proceso, es apto para la demostración de los elementos constitutivos del hecho punible, la responsabilidad del imputado y la naturaleza y cuantía de los perjuicios; de suerte que la prevalencia demostrativa que el casacionista pretende atribuirle a la prueba pericial en el concreto ámbito de la acreditación de los elementos configurantes de la conducta típica, resulta equivocada.

No se desconoce la importancia que esta prueba puede llegar a tener en el proceso de determinación de la naturaleza de un arma en concreto, pero esto no quiere decir que indefectiblemente deba acudirse a ella para poder establecerla, o que su acreditación no pueda obtenerse a través de elementos distintos de convencimiento.

La intervención de un experto en hoplología puede resultar necesaria cuando las características del arma son desconocidas en el proceso, o se

albergan dudas respecto de ellas, mas no cuando los elementos de prueba aportados, o las particularidades del artefacto decomisado, permiten al funcionario judicial determinar directa e inequívocamente su naturaleza.

En el caso *sub judice*, entre las armas halladas en la residencia de la familia Alvarán se encuentra una pistola Star calibre 7,65 mm. con silenciador, según consta en el acta de registro (fols.53), los informes policiales (fols.1, 3, 4), las anotaciones dejadas con ocasión de su pérdida (fol.57 y 70), los testimonios de los oficiales de la policía que participaron en la diligencia de registro (fols.44 y 48), y lo acepta el demandante en el desarrollo del cargo.

La sola circunstancia de tratarse de un arma de fuego dotada de silenciador, resultaba suficiente para concluir, sin otro tipo de consideraciones y sin necesidad de averiguar por las demás características del artefacto, que la competencia para conocer del proceso radicaba en la justicia regional, pues tanto el Decreto 2003 de 1982 en su artículo 4°, literal c), vigente para cuando ocurrieron los hechos, como el 2535 de 1993, en su artículo 8°, literal i), derogatorio del anterior, clasifican como armas de uso privativo de la fuerza pública las dotadas de accesorios o dispositivos especiales, como silenciadores.

Dada entonces la naturaleza del arma y las normas reguladores de la competencia para entonces vigentes, y las que se dictaron con posterioridad (Decretos 2790/90 art.9°, 099 de 1991 art.1°; 2271 de 1991 art.9°; 2700 de 1991 art.71 y ley 81 de 1993: art.9°), no existe duda de que el conocimiento del proceso debía ser asumido por la justicia regional, como en efecto ocurrió.

El cargo no prospera.

Ilegalidad de la diligencia de registro

Ha sido criterio reiterado de la Corte que cuando la diligencia de penetración y registro del domicilio se efectúa con el consentimiento de quien tiene derecho a oponerse a ella, no es necesario que medie orden motivada de autoridad judicial competente para que la actuación sea legítima, puesto que el morador puede, dentro del ámbito de su autonomía personal, permitir la entrada de quienes lo visiten, incluidos los representantes de la autoridad (Cfr. Casaciones de 17 de noviembre de 1994, Mag. Dr. Mejía Escobar; y, 8 de agosto de 1996, Mag. Doctor Córdoba Poveda, entre otras).

En el acta de la diligencia de registro, suscrita por las procesadas (fols.53-1), se dejó constancia expresa en el sentido de haberse permitido por los moradores, libre y voluntariamente, el acceso de las unidades de policía judicial a la residencia, situación de la cual dieron cuenta después las imputadas en sus indagatorias (fols. 29, 34 y 37-1), al igual que Julio León Ramírez Alvarán (fols.120 vto-1) y los Oficiales que intervinieron en ella (fols.44 y 48-1). Mas aún, por afirmaciones de los mismos ocupantes

del inmueble se sabe que los visitantes se identificaron como miembros del F-2 de la Policía Nacional, vestían de civil, y portaban brazalete (fols. 121-1).

En estas condiciones, resultaba innecesaria la obtención de una orden para proceder a la penetración y registro del inmueble, pues los investigadores, después de proceder a su identificación, contaron con la autorización de los moradores para hacerlo.

Respecto de la hora en la cual se llevó a cabo la diligencia, es de precisarse que la prohibición de realizar registros nocturnos desapareció con la entrada en vigor del Decreto 050 de 1987, estatuto que regía cuando se practicó el que es objeto de cuestionamiento, pudiéndose cumplir a cualquier hora, y que su validez, por tanto, no puede verse afectada por la circunstancia de haber sido practicado en las horas de la noche, además de que esta limitación no regía cuando mediaba consentimiento del morador (Cfr. art. 356 Decreto 409 de 1971).

En cuanto dice relación con los malos tratos y los actos de intimidación supuestamente aplicados por el personal de la policía nacional en el desarrollo de esta diligencia, de los cuales informan las procesadas en sus indagatorias y los testigos Julio León Ramírez Alvarán y María Orfa Alvarán de Flórez en sus declaraciones, debe asumirse que se trata de una simple maniobra defensiva, pues no se explica la razón por la cual estos actos de atropello no fueron denunciados por las acusadas en el momento de suscribir el acta, o en las dependencias de Policía Judicial, a donde luego fueron conducidas, ni al rendir versión libre, y solo vinieron a hacerlo en sus indagatorias.

Es más. Mientras se cumplía la diligencia de registro, la residencia de la familia Alvarán fue visitada por una patrulla de la policía que llegó a indagar por lo que estaba ocurriendo, sin que sus moradores presentaran queja alguna en relación con el procedimiento que venía cumpliéndose. De este incidente da cuenta el testigo Julio León Ramírez Alvarán, en los siguientes términos: "alguien como que llamó a la policía porque llegó un carro con tres señores de civil y uno uniformado, todavía estaba Torres y los otros en la casa, y entonces Torres saludó al que estaba uniformado y él les (sic) mostró una hoja al policía uniformado, que era la hoja que mi mamá había firmado, entonces cuando los que llegaron vieron la hoja se fueron, pero Torres y los otros se quedaron" (fols. 122-1).

Todos estos interrogantes, terminan por confirmar los dichos de los Subtenientes de la Policía Nacional Luis Fernando Támara Gómez y Henry David Torres Orjuela, según los cuales los moradores fueron tratados con respeto, y que las acusaciones que al unísono hicieron en relación con la sustracción de valores y los maltratos físicos y psicológicos, no corresponden a lo realmente sucedido.

Un último argumento presentado por el demandante en desarrollo de este concreto reparo, guarda relación con la intervención del Oficial Torres Orjuela en la diligencia registro, y su alegada condición de "amante" de una de las víctimas.

Al margen de que el casacionista no precisa las razones de orden legal por las cuales la intervención de Torres Orjuela viciaría la validez del referido acto de perquisición, ni señala las normas de derecho procesal que habrían sido violadas, es claro que el reparo se construye sobre meras suposiciones, como quiera que se fundamenta en la existencia de un vínculo sentimental que el investigador no reconoce, y que nadie con certeza afirma en el proceso. Y no por ser conocido de la occisa, o mantener alguna amistad con ella, estaba inhabilitado para intervenir en los actos de investigación previa.

Además de esto, al frente del caso no solo se encontraba el Subteniente Torres Orjuela, sino también el Oficial Támara Gómez, en su condición de Jefe del Grupo de Vida e Integridad Personal de la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá, para quien las víctimas eran totalmente desconocidas (fols.1 a 10 y 44).

Tampoco se advierte, ni el actor hace el menor esfuerzo por precisarlo, el interés que podría albergar el Oficial Torres Orjuela en perjudicar a las procesadas, a quienes ni siquiera distinguía, como para pensar que pudo haber manipulado o falseado la prueba recogida en la diligencia de registro, que es en últimas el planteamiento que el casacionista termina haciendo en su enrevesado escrito.

Este cargo, común a las tres demandas, debe por consiguiente desestimarse.

Distorsión de la versión de Luz Vianey Ramírez Alvarán

Se incluye en las demandas presentadas a nombre suyo y de Mery Alvarán Valencia. Para el demandante, los juzgadores incurrieron en error de hecho por falso juicio de identidad, al dejar de apreciar las afirmaciones de la acusada en el sentido de que se hallaba sola la tarde que ocurrieron los hechos.

Las conclusiones de los fallos respecto de la presencia de las tres procesadas en su residencia del barrio Los Colores la tarde del insuceso, estuvo precedida del análisis conjunto de los elementos de prueba allegados al informativo, entre ellos el dicho de Luz Vianey, como puede verse en los siguientes apartes del fallo de primer grado, donde paralelamente se hace un estudio crítico de los testimonios de Luz Angela Jiménez Hoyos, Elvia Esther Aristizábal de Jiménez y Carmen Julia Londoño, aportados con el propósito de darle consistencia a los dichos de las acusadas en este punto:

"De la deponencia de Luz Angela Jiménez Hoyos, surge este interrogante: Por qué motivos Luz Vianey quedó de encontrarse con la declarante a las dos

de la tarde de la fecha de los luctuosos hechos dizque para que la acompañara a un banco, y aunque la esperó nunca llegó? Y que posteriormente se enteró que había sido detenida y recuérdese también que esta deponente antes de rendir su declaración admite que visitó a las acusadas en la cárcel y todo indica que fue previamente aleccionada, porque dice que Mery no estaba en su casa, pues que se encontraba donde una amiga. Donde cuál amiga y qué hora?.

"Entre las versiones juramentadas de las señoras Elvia Esther Arbizábal de Jiménez y la de Carmen Julia Londoño se aprecian contradicciones respecto de la hora en que llegó la primera en compañía de Mery a la residencia de Carmen Julia y también hay contraposición en relación a la hora de salida. Y algo que causa extrañeza y hace que estos testimonios se reciban con beneficio de inventario. Según la sindicada fueron a visitar a la Londoño porque esta tenía un hijo enfermo y según el dicho de Elvia Esther era por la pobreza. Cuál de las dos versiones es cierta. Y estas atestaciones están arregladas, porque mírese que Carmen Julia expresó que trabajó en la residencia de la familia Ramírez Alvarán hasta ese 17 de diciembre precisamente fecha del crimen de las hermanas mellizas, entonces por qué ese mismo día la visitaron? Algo más extraño, Elvia Esther asegura que en la habitación de Carmen Julia no había línea telefónica y Carmen Julia Asegura todo lo contrario, que su teléfono es el No. 2449353 y para no dar ninguna credibilidad a estas versiones, súmese (sic) Carmen Julia Londoño admite haber visitado a las procesadas una vez recluidas en el centro carcelario.

"Estos testimonios de las personas referenciadas en acápites precedentes y recepcionados a última hora, cuando ya las personas habían visitado a las procesadas en el reclusorio, es y teniendo en cuenta sus contradicciones, lo que no permite a la judicatura que sean admitidos, deben ser rechazados totalmente porque no se ciñen a la sana crítica testimonial" (fols.224 y 225-2).

Por inexistencia del error denunciado deberá entonces desestimarse este reproche, pues, como viene de verse, no es que los juzgadores hayan dejado de apreciar en parte el dicho de Luz Vianey, propiciando la distorsión de su expresión fáctica, sino que su versión fue estimada y desechada por habérsela considerado artificial, tanto en este aspecto como en lo relacionado con el relato que hace acerca del plagio de que habrían sido víctimas las hermanas Escobar Sánchez, sobre el cual el *ad quem* precisa:

"En lo que hace relación a la explicación de las rematadas en el sentido de haber sido las mellizas objeto de un secuestro, observa la Sala que ello no comporta el menor respaldo y deviene en simple pretensión liberatoria infundada, mas si no se pasa por alto, como no se ha hecho, que no se dio aviso inmediato a la Policía; que no es creíble la versión de la omisión por miedo, y que si se hubiese tratado de un secuestro, inexplicable resulta el uso de las sábanas, como también que solo se les hubiera plagiado justo en la residencia de las aprehendidas y no en cualquier otro momento o cuando menos en el

trayecto previo a ella; sumándose del mismo modo la circunstancia derivada de la no aportación de dato alguno sobre los presuntos secuestradores, con la pueril excusa de no haberlos observado.

"No es entonces, como lo pretende el impugnante, que no se haya desvirtuado tal versión del secuestro; es que el mismo, llanamente no existió. Por el contrario, todo el elemento de prueba valorado pone de relieve su inexistencia para destacar la perpetración de los homicidios..." (fols. 12-3).

Falso juicio de existencia por no haber sido apreciados los testimonios de Luz Angela Jiménez Hoyos, Elvia Esther Aristizábal y Carmen Julia Londoño.

Las transcripciones que se hicieron en el acápite inmediatamente anterior muestran claramente que este error no existió, puesto que las referidas pruebas fueron objeto de análisis en las sentencias, situación que descarta, de suyo, la concurrencia del referido desacierto.

Ha de recordarse que el error de hecho por falso juicio de existencia se presenta cuando el Juzgador ignora la prueba que obra materialmente en el proceso, no cuando habiéndola apreciado decide desestimarla porque frente a las reglas de la sana crítica no le merece crédito, que fue lo ocurrido en relación con los anotados testimonios.

Falso juicio de existencia por haber sido ignorados los testimonios que informan de las cordiales relaciones existentes entre las familias Escobar Sánchez y Ramírez Alvarán.

Este reparo se reduce al simple enunciado, pues el demandante se limita a relacionar los elementos de prueba que dan cuenta del hecho y a señalar que su análisis por parte de los juzgadores habría permitido concluir que las procesadas carecían de motivos para atentar contra la vida de las hermanas Escobar Sánchez.

No obstante su absoluta falta de motivación, dos precisiones amerita este reproche. En primer término, que la existencia de una relación aparentemente cordial entre las familias Ramírez Alvarán y Escobar Sánchez no descarta el móvil de naturaleza económica que sirve de sustento a los fallos de instancia, cuyo contenido se hace derivar de las diferencias surgidas por la titularidad de la finca de recreo "Villa Lucía".

En segundo lugar, que no es cierto, como lo afirman los testigos citados por el demandante, que las relaciones entre las mencionadas familias continuaran siendo amistosas después de la muerte del esposo de Ana Patricia. La propia Angela María, al ser preguntada en su indagatoria por el conocimiento que tenía de las hermanas Escobar Sánchez, respondió: "Yo las conocí a ellas, las dos muertas, hace más o menos por hay (sic) ocho años, en Campo Vélez en Medellín. Ana Patricia era la esposa de mi tío Norbey Alvarán ya fallecido, de Martha Lucía no sé casi nada, ella trabajaba, iba a mi casa, pero muy poco, y ya después no sabía nada de ella; de Ana Patricia, ella después de que mi tío murió, se alejó mucho de nosotros, iba

muy de vez en cuando a la casa de nosotras en los Colores... no sé más porque ella se alejó demasiado, demasiado" [fols.30-1].

Luego el error así planteado, además de no haber sido desarrollado, sería intrascendente.

Tergiversación del testimonio del abogado Ernesto Rivera García.

Entre los elementos de prueba tenidos en cuenta por los juzgadores de instancia para reafirmar el decidido propósito de las víctimas de recuperar la finca "Villa Lucía", y proclamar esta pretensión como causa de su ajusticiamiento, se encuentra la versión de este testigo, quien asegura haber elaborado en los primeros días del mes de diciembre de 1990, a instancias de Ana Patricia, un documento en el cual la señora Mery Alvarán se comprometía a enajenar en favor suyo la referida finca, condicionando el otorgamiento de la escritura a la terminación del proceso sucesorio de su hijo Fernando, a cuyo nombre se encontraba el inmueble, trámite que sería adelantado por el mismo abogado.

Estas afirmaciones, son tomadas con fidelidad absoluta por los fallos de instancia, como puede verse en el siguiente aparte de la sentencia de primer grado, donde se hace alusión a su dicho, y de cuya confrontación se infiere la inexistencia del error denunciado:

"También debemos tener en cuenta: el nexo económico que por razón de una parcela que había adquirido en vida el señor Norbey Alvarán Valencia y que compró a nombre de su sobrino Fernando Ramírez Alvarán (fallecido), siendo sus legítimas herederas las imputadas Alvarán Valencia y Ramírez Alvarán y de esto da cuenta en su relato juramentado el doctor Ernesto Rivera García (fol. 109) quien hizo la minuta de la finca en favor de la hoy extinta Ana Patricia. Y mírese y téngase en cuenta que Mery Alvarán en su diligencia de descargos pretendió a toda costa negar este hecho, con lo cual únicamente quiso destruir el nexo de causalidad existente entre las muertes violentas de las dichas coluterales y por ende el móvil del homicidio" (fols. 218 y 219-2).

Distinto que los juzgadores hayan puesto a decir a la prueba lo que materialmente no dice, es que el actor no comparta las conclusiones del fallo, o malinterprete su verdadero sentido, como cuando se apoya en afirmaciones que las instancias no hacen para tratar de fundamentar una determinada postura.

El interés que se atribuye a las procesadas en la muerte de las hermanas Escobar Sánchez no se hace depender de un eventual derecho hereditario de éstas en la sucesión intestada de Fernando, como equivocadamente lo ha entendido el impugnante, pues es claro que no lo tenían y que su muerte en nada podía alterar los resultados del proceso sucesorio. Lo que se dijo, o se quiso expresar, es que con la muerte de Ana Patricia, quien se había empeñado en recuperar la finca, la familia Alvarán allanaba el camino para quedarse definitivamente con ella, razonamiento que por lógico resulta atendible.

*Tergiversación del contenido del protocolo de necropsia de Ana Patricia y preterm*isión de los testimonios que informan de la buena conducta de las procesadas.

Estos reproches adolecen de unos mismos defectos: intrascendencia manifiesta y motivación descontextualizada respecto de los supuestos fácticos y probatorios de los fallos de instancia.

En el primero de ellos, el casacionista acusa la sentencia de haber ignorado la herida causada a Ana Patricia con arma cortopunzante, pero sin explicar de qué manera este yerro incidió en la decisión de condena. Sus consideraciones se reducen básicamente a dos: Que la causación de lesiones de naturaleza distinta indica la presencia de varios autores, argumentación que deviene inane si se tiene en cuenta que la sentencia reconoce este hecho; y, que el lugar donde se produjo la muerte no es posible deducirlo del protocolo de necropsia, afirmación que causa perplejidad como quiera que no guarda correspondencia con las motivaciones de los fallos en este punto.

La conclusión de los juzgadores en el sentido de que las víctimas fueron ejecutadas en el garaje de la casa de la familia Alvarán, se obtuvo del análisis de elementos de prueba de naturaleza indiciaria, como el hallazgo en ese lugar de una hebilla y un arete de propiedad de una de las víctimas con residuos de sangre; la presencia de pequeñas manchas de naturaleza parecida en la puerta del mismo; los vestigios de haber sido recientemente lavado; el olor que expelía; y, la utilización de la sábana, entre otros.

Situación similar devela el segundo reparo, pues los fallos no afirman la existencia de vocación criminal en las acusadas, ni el casacionista demuestra cómo su buena conducta anterior tiene la virtualidad de derruir la prueba incriminatoria allegada en su contra.

Visto que ninguno de los reparos propuestos por el demandante con fundamento en las causales tercera y primera de casación está llamado a prosperar, se impone su desestimación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO-Factura

El tipo penal de falsedad en documento privado que contiene el Código Penal en su artículo 221, señala: "el que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno (1) a seis (6) años". Es pues, como lo han señalado reiterativamente la jurisprudencia y la doctrina un tipo penal de dos actos que exige para su consumación no solo la alteración de la verdad que conste en un documento privado, sino la utilización de ese documento.

El uso del documento privado es el natural que tendría el documento legítimo, es decir su utilización como prueba de aquello que por su naturaleza está en aptitud de poder demostrar.

La factura, tal como la define el Código de Comercio en su artículo 772. es un título valor, que además no puede librarse si no corresponde a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador, por lo que una vez aceptada por el comprador se considerará frente a terceros de buena fe exenta de culpa, que el contrato de compraventa ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título, según lo dispone el artículo 773 del mismo Código, que además advierte que a las facturas se aplicará, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio -artículo 779 ibidem -.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Proceso No. 14565

Aprobado Acta No. 109

VISTOS

Procede la Corte a dirimir la colisión negativa de competencias suscitada entre el Juzgado 2° Penal del Circuito de Medellín, del Distrito Judicial de Medellín y su similar de Rionegro del Distrito Judicial de Antioquia.

HECHOS

Jorge Enrique Cañon Villacosti o Villacorte, se desempeñaba como representante de ventas de la empresa "Distribuidoras Unidas S.A." y en tal razón tenia asignada la atención de los locales comerciales del aeropuerto José María Córdova de Rionegro (Antioquia) a los que surtía de revistas de publicación periódica.

Dentro de los locales atendidos por Cañon se encuentra la Papelería Haro, a través del siguiente procedimiento: Cañon llegaba al local, en el cual era atendido por una dependiente que le hacía el pedido de un número determinado de revistas, la cuales eran entregadas inmediatamente al local y simultáneamente facturadas, pero en cualquier descuido el denunciado Cañón incluía un mayor número de revistas de las que realmente había entregado, luego de lo cual obtenia la firma de conformidad de quien recibía la mercancia, que por la confianza generada en la rutina no reparaba en la factura.

En otras ocasiones, las facturas simplemente fueron elaboradas y firmadas supuestamente por el propio Cañon, pues algunos de tales documentos contienen rúbricas que imitan las de la dependiente de la papelería Haro, pero que han sido desconocidas por la presunta firmante y determinada técnicamente su apocrifidad.

Como las facturas se presentaban para el cobro en las instalaciones administrativas de la papelería, que están ubicadas en el sector del Poblado en la ciudad de Medellín (Antioquia), el fraude tardó en descubrirse, luego de lo cual se hicieron los reclamos correspondientes a la empresa distribuidora y ésta a su vez los trasladó a su vendedor, quien según la denuncia el 14 de mayo de 1991 hizo una nota de devolución de 60 revistas Cromos por doble facturación.

ANTECEDENTES

1. El Juzgado 44 de Instrucción Criminal de Medellín (Antioquia) abrió investigación penal y posteriormente la misma fue asumida -a raíz del tránsito de legislación- por la Fiscalía 47 Seccional Delegada de la Unidad Seccional 4ª Delegada de Patrimonio de esa ciudad; luego de la declaratoria de persona ausente del denunciado y la designación de un defensor de oficio, le definió la situación jurídica imponiéndole medida de aseguramiento como presunto responsable de los delitos de hurto agravado, estafa y falsedad en documento privado.

2. Mediante resolución del 9 de enero de 1997, la Fiscalía profirió resolución de acusación en contra de Cañon Villacosti o Villacorte por los delitos de falsedad en documento privado, hurto agravado y estafa.

3. Ejecutoriada la providencia acusatoria y sometido el expediente a nuevo reparto, le correspondió al Juzgado 2º Penal del Circuito de Medellín,

el cual avocó el conocimiento y celebró la audiencia pública, pero se abstuvo de dictar la correspondiente sentencia por considerar que "el ilícito de falsedad se cometió en el municipio de Rionegro, ello se deduce de las facturas visibles de folios 5 a 60 y del testimonio de Dora Cecilia Sierra Restrepo, administradora de la papelería Haro", por lo que propuso colisión negativa de competencia a su similar de Rionegro (Antioquia).

4. El Juzgado 2° Penal del Circuito de Rionegro, señaló igualmente su incompetencia atendiéndose al contenido literal del tipo penal de falsedad en documento privado y partiendo del material probatorio recolectado en el proceso.

Así señala entonces que como las facturas eran presentadas para su cobro en las oficinas de la papelería Haro, que están ubicadas en la ciudad de Medellín (Antioquia) en el sector del Poblado, era allí donde se usaban y por tanto donde debe considerarse consumado el delito, pues fue allí donde se hicieron valer como medio de prueba.

En subsidio del anterior argumento, esgrime el de la competencia a prevención para señalar que por tal vía también la competencia corresponde al Juzgado de Medellín, pues fue allí donde se formuló la denuncia y donde se emitió la resolución de apertura de la instrucción.

Consecuentemente, el Juez 2° Penal del Circuito de Rionegro tampoco aceptó la competencia, trabándose así el conflicto que ahora se resuelve.

Consideraciones de la Corte

1. La competencia de la Sala de Casación Penal para dirimir el presente conflicto de competencias se deriva de lo normado en el artículo 68.5 del C. de P.P.

Como los Jueces colisionados se han trabado en el conflicto por la discrepancia que manifiestan sobre el sitio de ocurrencia del delito de falsedad, la Sala se limitará en su análisis a tal reato, como que en verdad es factor determinante de la competencia.

2. El tipo penal de falsedad en documento privado que contiene el Código Penal en su artículo 221, señala: "el que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno (1) a seis (6) años". Es pues, como lo han señalado reiterativamente la jurisprudencia y la doctrina un tipo penal de dos actos que exige para su consumación no sólo la alteración de la verdad que conste en un documento privado, sino la utilización de ese documento.

El uso del documento privado es el natural que tendría el documento legítimo, es decir su utilización como prueba de aquello que por su naturaleza está en aptitud de poder demostrar.

3. Con estas elementales premisas, revisando la actuación procesal se encuentran de los folios 5 al 60, sendos formatos de facturas de la empresa Distribuidoras Unidas Limitada, en los que se detallan mercancías despachadas a la papelería Haro, con su debida especificación de cantidad, precio unitario y precio total, todas las cuales aparecen fechadas en el municipio de Rionegro.

Respecto de estas facturas, la declarante Dora Cecilia Sierra Restrepo, persona cuya firma aparece en el espacio correspondiente a "firma y sello del cliente", desconoce las de los folios 17, 18, 32, 51, 52, 55, y 60 por no corresponder unas a su firma y otras porque aunque contienen su firma, su contenido, en cuanto a la cantidad de mercancía, no corresponde a la realidad.

La factura, tal como la define el Código de Comercio en su artículo 772, es un título valor, que además no puede librarse si no corresponde a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador, por lo que una vez aceptada por el comprador se considerará frente a terceros de buena fe exenta de culpa, que el contrato de compraventa ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título, según lo dispone el artículo 773 del mismo Código, que además advierte que a las facturas se aplicará, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio -artículo 779 *ibidem*-.

4. Determinado por los Jueces de instancia la adulteración de documentos privados se concluye así el primer acto del tipo penal de falsedad en documento privado, pues se ha "falsificado un documento privado que puede servir de prueba"; pero para que pueda hablarse del tipo penal es necesario dilucidar si se produjo la expresión del legislador "si lo usa", para lo cual es necesario aclarar cuál es el uso del documento de acuerdo a su naturaleza jurídica.

Como los documentos falsificados son varias facturas y éstos son títulos valores, su uso natural es aquel que corresponda al ejercicio del derecho consignado en él, que es para lo cual se requiere su exhibición según el mandato del artículo 624 del Código del Comercio.

De acuerdo a esta premisa, el uso de la factura a través de la presentación para su pago es uno de los que la ley considera naturales para el carácter de título valor que define su esencia, hecho que en el caso que ocupa a la Sala ocurrió en la ciudad de Medellín, exactamente en el sector del Poblado, de lo cual son suficiente prueba las declaraciones de Nora Cecilia Cadavid Sierra (folios 92-93) y Carmen García Bayllleres Baquero, (folios 108 y 109).

Sean entonces las anteriores razones para reconocer el acierto del Juez 2° Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) al negarse a aceptar la competencia para el juzgamiento del señor Jorge Enrique Cañón Villacosti o

Villacorte, pues ella le corresponde a su similar de Medellín (Antioquia) por ser en ese lugar donde se efectuó la acción de usar el documento privado falso que es la que, en tratándose del delito de falsedad en documento privado, finalmente determina la realización de ese tipo penal.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

DIRIMIR la presente colisión negativa de competencias DECLARANDO que la competencia para conocer del juicio en este asunto corresponde al Juez 2° Penal del Circuito de Medellín (Antioquia).

DISPONER que por secretaría se remita el proceso directamente al Juez Competente y se comunique esta decisión al Juez 2° Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia).

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-Causal tercera/ **DEBIDO PROCESO**-
La no vinculación de una persona

El recurso de casación es extraordinario y rogado y no un mecanismo oficioso de control de la legalidad de las sentencias y, mucho menos, una tercera instancia, donde el actor pueda lanzar todo tipo de argumentos para replicar los del fallador, en procura de obtener que la Corte revise el expediente, contrariando así la finalidad de la impugnación.

Cuando se trate de violación del debido proceso, se debe demostrar la existencia de una irregularidad sustancial que socave su estructura, por ejemplo, la falta de apertura de la instrucción; la no vinculación del procesado por cualquier medio legal, la ausencia de la etapa del juicio, la inasistencia del fiscal a la diligencia de audiencia pública, seguir el procedimiento ordinario cuando se solicitó y se dan los requisitos de procedibilidad del trámite abreviado para sentencia anticipada, etc..

El hecho de que no se hubiese vinculado al proceso a una persona, no constituye una irregularidad sustancial que afecte su estructura y que traiga como consecuencia la ineficacia de la actuación. Además, tal omisión podría subsanarse con la expedición de copias.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Córdoba Poveda*

Proceso No. 14304

Aprobado Acta N°. 109

Vistos

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor de Alberto Ocampo Velásquez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el día 29 de septiembre de 1997, por medio de la cual al confirmar la del Juzgado 41 Penal del Circuito de la misma ciudad, condenó al procesado a la pena principal de 7 años de

prisión y a las accesorias de rigor, como coautor de los delitos de falsedad en documento privado, falsedad en documento público y estafa.

Igualmente, en el mismo fallo se condenó a María Aydee Gómez a la pena principal de 4 años de prisión y a las accesorias de rigor como coautora de los delitos de estafa y falsedad en documento privado. Así mismo, se absolvió a Gustavo Martínez Díaz de los cargos que le fueran formulados en la resolución de acusación.

HECHOS

Fueron sintetizados así, por el Juzgado de primera instancia:

"Manifiesta el denunciante Ricaurte Salazar Serna, que tenía como costumbre el cambiar dólares americanos a ciertos amigos especiales y a conocidos clientes, entre quienes se contaba al señor Gustavo Martínez Díaz quien para el año de 1988 se desempeñaba en el cargo de Gerente del Banco 'Tequendama' Sucursal calle 14 de esta ciudad, y a quien el denunciante le tenía absoluta confianza.

"Entre los días 20 y 30 de Mayo de 1988, el señor Gustavo Martínez Díaz se presentó a la oficina del denunciante con el fin de presentarle al señor Jairo Giraldo, quien según el decir del señor Salazar Serna, Martínez le había informado que Giraldo tenía en su poder varios cheques en dólares y que él necesitaba cambiarlos.

"Que el valor de los precitados cheques era de US$ 74.600.oo, ante lo cual el denunciante le comunicó su intranquilidad al señor Gustavo Martínez Díaz, teniendo en cuenta que los dólares eran liquidados a razón de $292.oo pesos por unidad, ante lo cual el señor Martínez Díaz le había manifestado al denunciante que se comprometía personalmente en la negociación y que incluso le permitiría el sobregiro que el denunciante necesitara para llevar a cabo dicha negociación, sobregiros que efectivamente se cumplieron.

"De los cheques cambiados por el denunciante al señor Jairo Giraldo, uno por US$ 3.000.oo y el otro por US$ 9.300.oo eran girados por el señor Juan Rodrigo Jaramillo y quien tenía la cuenta en el Banco Sun Bank/Miami. N.A. West Office 702 los que posteriormente fueron impagados por concepto de FONDOS INSUFICIENTES. Pero que para el momento en que se estaba llevando a cabo la negociación, el señor Martínez Díaz le dijo al señor Ricaurte Salazar Serna que efectivamente dichos cheques habían sido pagados.

"El 9 de junio de 1988, el señor Jairo Giraldo logró que el denunciante le cambiara ocho (8) cheques girados por Alberto Ocampo, quien entre otras cosas manifestó conocer a carta cabal, cheques éstos que sumaban la cantidad de US$ 74.600.oo

"Para cubrir el valor de los precitados cheques, el señor Ricaurte Salazar Serna (denunciante), extendió cheques a cargo de su cuenta corriente No. 002-

02604—5 que tenía en el banco 'Tequendama' Sucursal Calle 14 de ésta ciudad, por valor de $81.476.000.oo y a favor de José Fernando Giraldo (10.000.000) hermano, al parecer, de Jairo Giraldo la suma de $25.000.000.oo pesos y pagado por caja; a favor de Jairo Giraldo la suma de $25'000.000.oo para ser consignado y lo fue en la Cuenta No. 033-34541-4 de Orlando Jiménez, en el Banco Bogotá Sucursal Andes; para el 20 de junio de 1988 giró dos cheques por valor de $15'000.000.oo de pesos y por último le consignó en la cuenta de la señora María Aydee Gómez (que se suponía ser la mujer de Jairo), la suma de $2.500.000.oo pesos.

"Que durante el lapso en que ocurría lo anterior, Jairo Giraldo le hizo entrega al señor Ricaurte Salazar Serna de la cantidad de 25 cheques de Gerencia por valor en dólares de US$ 242.300.oo, aparte de los cheques de carácter personal ya relacionados. Los famosos cheques de Gerencia resultaron ser documentos TOTALMENTE FALSIFICADOS".

ACTUACIÓN PROCESAL

Como quiera que los anteriores hechos generaron dos procesos penales, la Sala se permitirá hacer una síntesis de cada uno de ellos:

Causa 1

Presentada la denuncia contra Alberto Ocampo Velásquez y luego de unas diligencias preliminares, el Fiscal 319 de la Unidad Quinta de Patrimonio, mediante resolución del 19 de octubre de 1993, dispuso la apertura de la instrucción.

Allegada plural prueba documental, se escuchó en indagatoria a Alberto Ocampo Velásquez, resolviéndosele la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Cerrada la investigación, el 24 de abril de 1995, el mérito del sumario se calificó con resolución de acusación en su contra por el delito de falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso.

Ejecutoriada la anterior resolución, el expediente pasó a un Juzgado Penal del Circuito, que luego lo remitió al Juzgado 59 de la misma especialidad para efectos de acumulación.

Causa 2

Presentada la denuncia contra Jairo Giraldo, María Aydee Gómez y otros, el Juzgado 36 de Instrucción Criminal, mediante auto del 18 de agosto de 1988, declaró formalmente abierta la investigación.

La demanda de constitución de parte civil fue admitida el día 16 de septiembre del mismo año.

Escuchados en indagatoria Gustavo Martínez, Jairo Giraldo y María Aydee Gómez, les fue resuelta la situación jurídica con medida de asegura-

miento de detención preventiva, como posibles coautores del delito de estafa.

Mediante auto del 26 de febrero de 1992, el Juzgado 76 de Instrucción Criminal, que conocía de la actuación, declaró persona ausente a Alberto Ocampo Velásquez, quien posteriormente fue capturado.

Una vez escuchado en indagatoria y resuelta su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, como coautor de los delitos de estafa, falsedad en documento privado y concierto para delinquir, el diligenciamiento continuó con la práctica de múltiples pruebas.

La Fiscal 197 de la Unidad Octava de Patrimonio, quien conocía del proceso, el 5 de febrero de 1993, clausuró la investigación, la cual, el 2 de abril siguiente, fue calificada con "reapertura" de la misma, decisión que fue recurrida en apelación por el apoderado de la parte civil.

La Unidad de Fiscalías Delegada ante los Tribunales de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, el 29 de julio del citado año, revocó la decisión impugnada y en su lugar profirió resolución de acusación en contra de Jairo Giraldo Serna, María Aydee Gómez, Gustavo Martínez Díaz y Alberto Ocampo Velásquez, como presuntos coautores de los delitos de estafa agravada por la cuantía y falsedad en documento privado, en concurso homogéneo.

Iniciado y tramitado el juicio, dentro del cual se dispuso la práctica de varios elementos de convicción, la acumulación con la causa precedentemente señalada y la extinción de la acción penal por muerte del procesado Jairo Giraldo Serna, el 1° de julio de 1997, el Juzgado 41 Penal del Circuito dictó sentencia de primera instancia, la que fue recurrida en apelación y confirmada íntegramente, el 29 de septiembre siguiente, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de esta ciudad capital.

La Demanda de Casación

El defensor del procesado Alberto Ocampo, con base en las causales primera y tercera, presenta dos cargos contra la sentencia de segunda instancia. Sus argumentos se pueden sintetizar así:

Primer cargo:

Respetando el principio de prioridad, acusa al sentenciador de haber dictado el fallo en un juicio viciado de nulidad, toda vez que se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa del procesado.

Afirma que al haber sido el señor Juan Rodrigo Jaramillo el girador de los dos (2) cheques por valores de U$ 3.000 y U$ 9.000, respectivamente, no fue vinculado a la presente investigación y, por ende, no se le juzgó.

Sostiene que con los citados títulos valores se iniciaron los actos de defraudación en contra del patrimonio de Ricaurte Salazar Serna.

Dice que con la anterior omisión se vulneró el principio de la investigación integral, por cuanto que toda la responsabilidad penal por los hechos punibles imputados, se centró en "cabeza de Ocampo Velásquez, COMO SI CON LOS CHEQUES INDICADOS DE SU PROPIEDAD Y ENTREGADOS AL DENUNCIANTE, SE HUBIESE INICIADO LA CADENA SUCESIVA DE ENGAÑOS Y DEFRAUDACIONES".

En el acápite que denominó "DEMOSTRACIÓN DEL CARGO", manifiesta que con el fallo "pareciera" que se hubiese "decretado la total impunidad del señor Juan Rodrigo Jaramillo y, que su lugar lo ocupase definitivamente el señor Alberto Ocampo Velásquez".

A renglón seguido insiste que con dicha omisión se transgredieron los postulados del debido proceso y el derecho de defensa, ya que, sobre este último, se impidió que se valoraran las pruebas que pudieron haber surgido a favor de su representado.

Tal falencia, señala, llevó al fallador a cometer un error de hecho, "porque al examinar el acervo probatorio no pudo determinar que bien pudo existir el inicial engaño con los cheques del señor Rodrigo Jaramillo al Señor Ricaurte Salazar Serna".

Posteriormente, en lo que denominó "INCIDENCIA EN EL FALLO", asevera que si no hubiese cometido dicha "omisión", la investigación se habría centrado sobre este personaje y no sobre el procesado Ocampo Velásquez.

Así mismo, informa que del caudal probatorio se avisora que "si su consentimiento fue viciado por primera vez con el engaño en lo sucesivo nunca podía serlo y en este caso no puede predicarse engaño en lo tocante con Alberto Ocampo Velásquez".

Por lo anteriormente expuesto, solicita a la Corte decrete la nulidad de todo lo actuado, a partir de la resolución mediante la cual se ordenó cerrar la instrucción.

Segundo cargo:

Como subsidiario, acusa al sentenciador de haber transgredido indirectamente la norma que tipifica el delito de estafa, como consecuencia de un error de hecho, toda vez que de las pruebas incorporadas al proceso, "el fallador no advirtió que el engaño era inexistente porque el denunciante una vez engañado con los cheques de Juan Rodrigo Jaramillo, prestó su propia colaboración y en forma inexplicable para incidir en su propia defraudación".

Con fundamento en ello sostiene que el fallador violó "directamente" el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, "pues erradamente estimó que había en el proceso la prueba de la certeza del hecho punible y con la certeza errada aplicó la norma de estafa".

En el acápite que denominó "DEMOSTRACION DE LA CAUSAL", luego de reseñar los hechos, desde su personal óptica, asevera que el fallador no advirtió que no había engaño "y en especial con los cheques de Alberto Ocampo Velásquez".

En el capítulo que llamó "INCIDENCIA EN EL FALLO", reitera como yerro del juzgador el haber dado como probado el elemento "engaño", constitutivo del tipo penal de estafa.

Por tales razones, solicita a la Corte casar el fallo recurrido y, en su lugar, absolver al procesado de los cargos que le fueran formulados en la resolución de acusación.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

Primer cargo

Comienza por advertir que no es clara la formulación que hace el recurrente respecto al reproche que enruta bajo los lineamientos de la causal tercera de casación, pues el mismo está alejado "de los parámetros de una irregularidad sustancial y de la violación a un derecho o garantía fundamental".

Luego de reseñar los pasos técnicos que se deben tener en cuenta para confeccionar la demanda basada en la causal tercera de casación, dice que se hace necesario recordar que "la responsabilidad penal es individual, esto es, que cada infractor responde por sus actos en las defraudaciones y compete al Estado declarar la responsabilidad cuando ella se da".

De otra parte, afirma que el censor vulneró el principio de autonomía de las causales, pues entrelaza los argumentos con los de la causal primera, habida cuenta que denuncia igualmente que el fallador violó indirectamente la ley sustancial por error de hecho.

Sobre el fondo del asunto dice:

"Pero en derecho penal no se decide con base en hipótesis. Cuentan las pruebas. De todos modos la no vinculación de Rodrigo Jaramillo no es causal de nulidad, porque la actuación que se echa de menos no era requisito de procedibilidad para que el proceso se pudiera impulsar como en efecto se ha hecho".

Por lo anterior sugiere a la Corte no casar la sentencia. Así mismo solicita que se expidan copias con el fin de que se investigue la conducta de Juan Rodrigo Jaramillo.

Segundo cargo

Reconoce que si bien es cierto que el censor acusa al sentenciador de haber transgredido indirectamente la ley sustancial, también lo es que no señaló sobre cuál prueba se cometió el error.

Afirma que en el desarrollo de la misma el actor no hizo otra cosa que "esbozar su propio criterio, conforme al cual el ilícito no existió porque no entiende cómo la víctima permitió ser estafado tres veces".

Luego de reseñar los elementos del delito de estafa y transcribir apartes de una decisión de la Sala, solicita a la Corte no casar la sentencia recurrida.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo

Tal como lo advierte el señor representante del Ministerio Público, el censor desconoce la técnica que tanto la ley como la jurisprudencia han contemplado para la elaboración de la demanda, basada en la causal tercera de casación.

En primer lugar, debe decirse que el recurso de casación es extraordinario y rogado y no un mecanismo oficioso de control de la legalidad de las sentencias y, mucho menos, una tercera instancia, donde el actor pueda lanzar todo tipo de argumentos para replicar los del fallador, en procura de obtener que la Corte revise el expediente, contrariando así la finalidad de la impugnación.

En segundo lugar, también se ha dicho que es deber del impugnante señalar, con toda claridad, la clase de nulidad invocada, indicando de manera precisa los fundamentos de ella y citando las normas que estime infringidas.

Cuando se trate de violación del debido proceso, se debe demostrar la existencia de una irregularidad sustancial que socave su estructura, por ejemplo, la falta de apertura de la instrucción, la no vinculación del procesado por cualquier medio legal, la ausencia de la etapa del juicio, la inasistencia del fiscal a la diligencia de audiencia pública, seguir el procedimiento ordinario cuando se solicitó y se dan los requisitos de procedibilidad del trámite abreviado para sentencia anticipada, etc..

En lo que atañe a la vulneración del derecho de defensa, se deberá determinar la actuación procesal que se estime lesiva de esa garantía, especificando la norma que se viola y determinando, de manera precisa, cómo esa transgresión incidió en desfavor del procesado en la sentencia.

De otro lado, tampoco es posible mezclar dentro de un mismo cargo ataques correspondientes a distintas causales, pues cada una tiene fundamentos diferentes, se rige por precisas reglas técnicas y tiene consecuencias jurídicas diversas.

Ninguno de los anteriores postulados fueron respetados por el actor en la elaboración de la demanda. Así:

Si bien es cierto que amparado en la causal tercera denuncia violaciones al debido proceso y al derecho de defensa del procesado, en manera alguna señaló, como era su deber, en qué consistieron dichas transgresiones y, mucho menos, respecto del derecho de defensa, demostró su incidencia frente a las conclusiones de la sentencia.

Ahora bien, se podría pensar, tomando uno de los tantos argumentos que expone, que la censura está centrada en que por falta de vinculación de Rodrigo Jaramillo se dejaron de incorporar y valorar medios de convicción, los cuales, en su criterio, eran favorables al procesado, ataque que así planteado se quedó a mitad de camino y en el terreno de la mera especulación, habida cuenta que si el reproche era por vulneración del principio de investigación integral y, por ende, del derecho de defensa, le era imperioso demostrar qué pruebas no se practicaron y su incidencia frente al fallo, sin que la sola hipótesis de un resultado favorable constituya demostración del cargo.

El desconocimiento de los parámetros que rigen esta impugnación extraordinaria se hace notorio, cuando al interior del mismo cargo acusa al sentenciador de haber transgredido indirectamente la ley sustancial, al dar por probado, sin estarlo, el elemento normativo del engaño, constitutivo del tipo penal de estafa, censura que ha debido formularla separadamente y bajo los lincamientos de la causal primera de casación, en guarda del principio de autonomía.

Así mismo, el hecho de que no se hubiese vinculado al proceso a una persona, no constituye una irregularidad sustancial que afecte su estructura y que traiga como consecuencia la ineficacia de la actuación. Además, tal omisión podría subsanarse con la expedición de copias, como lo solicita el Procurador Delegado, si fuere necesario.

Por otra parte, resulta desatinado afirmar que la no vinculación de Rodrigo Jaramillo, lesionó gravemente a Ocampo, pues además de que la responsabilidad es individual, la prueba recaudada en su contra es contundente, como aparece en la siguiente consideración del *ad quem*:

"La responsabilidad de Alberto Ocampo Velásquez por la participación intelectual y material en los hechos planificadores y consumatorios del ilícito que lesionó el patrimonio económico de Ricaurte Salazar Serna, así como la fe pública está plenamente demostrado. Baste para el Tribunal señalar:

"La falsedad material cometida en la cédula 4.595.707, adjudicada por el Estado a Luis Alberto Ocampo, se constituye en el inicio de una cadena de artificios que le permitieron a Ocampo Velásquez, suplantando a otra persona, mantener en engaño e inducir al error a diferentes sujetos, entre otros a Ricaurte Salazar Serna, obteniendo provecho ilícito para sí y para terceros.

"Es la dualidad de identidades (aunada a su sistemática conducta dolosa) la que le permite al aquí sentenciado abrir cuentas corrientes en varias enti-

dades bancarias, girar cheques y aparecerse en forma casi simultánea en diferentes espacios.

"Desde su primera injurada (rendida en este proceso en 1992) de lo poco veraz que dijo, reconoció haber tenido un proceso por estafa y falsedad en el Juzgado 20 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá y haber sido sancionado por la Asociación Bancaria. Además, se conoce dentro del proceso de la investigación seguida en su contra por el Juzgado 8o. Penal de la ciudad de Barranquilla, por los delitos contra la integridad moral.

"El girar los 8 cheques contra Republic National Bank Of New York y éstos ser devueltos porque pertenecen a una chequera robada (la firma no concuerda con la registrada), prueba el punible contra el patrimonio económico del beneficiario de los mencionados títulos valores y la falsedad en documento privado.

"Obra en contra del procesado, el haberse probado nitidamente que mintió de manera consciente y plural en sus injuradas, cuando manifestó no tener cuenta corriente en el REPUBLIC NATIONAL BANK OF NEW YORK, ni en el Banco del Estado, sucursal el Lago, ni en el Banco Sudameris. Así mismo, que nada tenía que ver con la firma EXPOCAR y que no había ocupado la oficina 402B de la carrera 15 No. 79-26".

Así las cosas, la censura no prospera.

Segundo cargo

El segundo reparo que el libelista le formula a la sentencia de segunda instancia, lo hace al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, por cuanto denuncia que el fallador vulneró indirectamente la ley sustancial, por error de hecho, ya que no advirtió "que el engaño era inexistente".

Así mismo, acusa al sentenciador de haber vulnerado directamente el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal, pues "erradamente estimó que había en el proceso la prueba de certeza del hecho punible".

El reproche está mal enunciado, ya que el censor no advirtió que la causal primera de casación ofrece dos modalidades antagónicas entre sí, con régimen legal específico y excluyente para cada una de ellas, como son la vía directa y la indirecta.

En la primera se aceptan los hechos y las pruebas tal como fueron apreciados por el juzgador. No se cuestionan los elementos de convicción. El desacierto es de selección o de interpretación de la norma sustancial. En tanto, en la segunda se acusa un yerro en la apreciación probatoria que lleva a la falta de aplicación o a la aplicación indebida del precepto sustancial.

No obstante el anterior desatino, el cargo se orienta hacia la vulneración indirecta que, de todas maneras, no desarrolló, pues no señaló los

medios de convicción erróneamente apreciados, ni la naturaleza del desatino, ni su incidencia en la parte dispositiva del fallo.

Lo único claro es que el actor muestra su inconformidad con el mérito que el sentenciador le otorgó a los medios de prueba y de los cuales dedujo la tipicidad de la conducta y la responsabilidad del procesado, planteamiento éste que no puede constituir yerro susceptible de ser atacado por esta vía extraordinaria.

En efecto, en nuestro sistema judicial impera, como regla general, para la estimación probatoria, el método de la sana crítica, en el que el juzgador goza de poder discrecional para apreciarla, sólo limitado por la lógica, la ciencia y la experiencia.

Dentro de tales límites no se puede cuestionar la credibilidad otorgada a un medio de convicción, ya que ello desemboca en un enfrentamiento entre las razones del fallador y las del censor, prevaleciendo aquellas, por venir la sentencia amparada por la doble presunción de acierto y legalidad.

En las condiciones anteriores, este cargo también será rechazado.

Por último, sobre la expedición de copias solicitada por el representante del Ministerio Público, la Sala no accederá, por cuanto no expone razones atendibles, ni en el proceso aparecen elementos de juicio que así lo impongan.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. NO CASAR el fallo impugnado.

2. Negar la expedición de copias solicitada por el Procurador Delegado.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RESOLUCION DE ACUSACION/ CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA

La resolución de acusación es el pliego concreto y completo de cargos, precisados tanto fáctica como jurídicamente, que se hacen al procesado para que frente a ellos ejerza el derecho de defensa. Pero para que tal garantía tenga cabal operancia, el acusado debe tener certeza sobre las imputaciones hechas, motivo por el cual no se le puede responsabilizar en la sentencia por circunstancias agravantes no deducidas en el calificatorio.

Con relación a las agravantes genéricas, el criterio de la Corte ha sido el de que, como norma general, deben ser imputadas en el pliego de cargos, salvo las objetivas, ésto es, aquellas evidentes con la sola narración del aspecto fáctico del proceso. Pero existen otras circunstancias que requieren de una valoración o análisis previos a su deducción, como "el motivo innoble o fútil", "la preparación ponderada del hecho punible", etc., en las cuales se deben señalar claramente los presupuestos fácticos que las contienen o mencionarlas en la forma como lo hace la ley, así no se indique ésta en concreto. (Véase, entre otras, casación 10.746 de febrero/98 y 11.248 de abril/98).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Proceso No. 9857

Aprobado Acta No. 109

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Humberto Olaya López contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, el 20 de mayo de 1994, por medio del cual, al confirmar con algunas modificaciones la dictada por el Juzgado 67 Penal del Circuito, condenó al procesado a las penas principales de cincuenta (50) meses de prisión, multa de $2.700 y suspensión en el ejercicio

de la profesión de conductor por un período de tres (3) años, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad, como autor responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales culposos.

Corrido el respectivo traslado al Procurador Segundo Delegado en lo Penal, solicitó no casar el fallo impugnado.

Hechos

Ocurrieron el 31 de marzo de 1989, en la ciudad de Santafé de Bogotá, en la carrera 10 con calle 11 sur, más o menos a las 9 p. m., cuando el vehículo Renault 12, distinguido con placas AF 0304 y conducido por Hernán Gonzalo Cerón Cerón recibió la señal del semáforo que le permitía atravesar la carrera 10, pero en ese mismo momento transitaba por la misma, de norte a sur, la buseta de placas SA 7023, manejada por Humberto Olaya López, la que arrolló el automóvil y como consecuencia de la colisión murieron Clara Inés Avila Bonilla, Jairo Beltrán Triana y José Hernán Beltrán León y sufrieron lesiones personales Cristina Valbuena, Patricia Sánchez, Jackeline Cantor, Elvia Quiroga, Oscar Orlando Coronado, Jairo Rodolfo Cubides Fajardo, Sady Bustos Manrique y Hernán Cerón.

Actuación Procesal

El Juzgado 175 de Instrucción Criminal Permanente luego de practicar algunas diligencias preliminares, las remitió al Juzgado 43 de la misma especialidad, el que el 3 de abril de 1989 ordenó abrir investigación y vincular mediante indagatoria a Humberto Olaya López y Hernán Gonzalo Cerón Cerón.

La situación jurídica les fue resuelta el 8 de abril de 1989, con medida de aseguramiento de detención preventiva contra Humberto Olaya López y abstención de la misma respecto de Hernán Gonzalo Cerón Cerón.

Con auto del 27 de abril de 1990, el Juzgado de instrucción, luego de declarar una nulidad, ordenó que se compulsaran copias con destino a los Juzgados Penales de Menores para que se investigara la conducta de Hernán Gonzalo Cerón Cerón.

Perfeccionada la investigación, se declaró cerrada, el 12 de marzo de 1992, y el 9 de marzo de 1993 se calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra el procesado Humberto Olaya López, como autor de los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, decisión que fue confirmada el 13 de agosto de 1993, por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca.

El expediente pasó al Juzgado 67 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá que, luego de dar cumplimiento a lo estipulado en el artículo 446 del

Código de Procedimiento Penal, celebró la audiencia pública y pronunció la sentencia de primera instancia el 8 de abril de 1994, en la que condenó al procesado a la pena de tres (3) años de prisión como autor responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales, por los que había sido acusado.

Apelado el fallo por la representante del Ministerio Público, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, al desatar el recurso, concluyó con su modificación, en el sentido de imponerle al sentenciado como pena principal la de 50 meses de prisión, multa de $2.700 y suspensión en el ejercicio de la profesión de conductor por un período de tres (3) años y, por ende, revocó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional que le había sido otorgado en la primera instancia.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Primer cargo

El defensor presenta dos cargos contra la sentencia de segunda instancia. El primero al amparo de la causal primera de casación, por estimar que el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá incurrió en una violación directa de la ley sustancial, al considerar como agravantes las circunstancias del artículo 66.1.3 del C. P. "violando la ley penal sustancial, por desconocimiento o no aplicación de los arts. 37, 330 y 341 del C. P. que debieron ser tenidos en cuenta para la dosimetría en el caso que nos ocupa".

Considera que la vulneración de la ley sustancial es por aplicación indebida del artículo 66 numerales 1 y 3 y el desconocimiento de los artículos 330 y 340 de la misma obra.

Manifiesta su desacuerdo con el aumento punitivo realizado por el Tribunal cuando sostiene que esta Corporación parte "de una conjetura subjetiva como lo es afirmar que la culpa de Olaya López se debió a ' ... la llamada guerra del centavo, por la rapiña de pasajeros y por qué no decirlo, por la envidia de que otros igualmente recojan personal para transportar ' ...".

Estima que los artículos 330 y 340 señalan taxativamente las causales de agravación punitiva para el homicidio y las lesiones culposas, referentes a encontrarse el agente en estado de embriaguez o de sustancia que produzca dependencia física o psíquica o abandonar sin justa causa el lugar de la comisión del hecho.

Advierte que en este caso no hay la más mínima posibilidad de que se concrete ninguna de estas circunstancias, para agregar que "cuando la agravación punitiva es específica y directa para cada delito no puede añadirse ninguna agravante genérica por tratarse de delito culposo, especialmente sancionado dada la inexistencia del dolo. Porque si se aceptara la

existencia de las causales de los numerales 1 y 3 del art. 66, nos encontraríamos de manera incuestionable frente a un delito doloso".

Lo anterior lo lleva a concluir que el sentenciador de segundo grado desconoció la existencia de los artículos 330 y 340 del C. P, y aplicó indebidamente los numerales 1 y 3 del art. 66, *ibidem*, ya que esas agravantes no están consagradas procesalmente para los delitos culposos.

Solicita a la Sala que case la sentencia, para que se haga una nueva dosimetría punitiva y, como consecuencia, se le conceda al procesado el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Segundo cargo

El segundo reproche lo formula al amparo de la causal tercera de casación, por haberse dictado la sentencia en un proceso viciado de nulidad, puesto que ésta no se encuentra en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación.

La anterior irregularidad la hace consistir en que en la acusación se imputan los delitos de homicidio y lesiones, sin circunstancias de agravación punitiva, y en la sentencia se adicionan las agravantes genéricas previstas en los numerales 1 y 3 del art. 66 del C. P., para luego sostener: "Nos encontramos, entonces, frente a un error de derecho por cuanto se condenó por un concurso delictual agravado por el cual no se acusó a Humberto Olaya López".

Acota que el derecho a la defensa le fue desconocido porque al surtirse la apelación se le adicionaron las agravantes y, por tal motivo, no se le dio la oportunidad de demeritarlas en el plenario.

Termina reiterándole a la Corte que con relación a la primera censura se case la sentencia, por aplicación indebida de los numerales 1 y 3 del artículo 66; y en lo atinente a la segunda, por violación del artículo 29 constitucional, por desconocimiento del derecho a la defensa y que como consecuencia de tal decisión se imponga la pena de tres años de prisión al procesado y se le conceda la condena de ejecución condicional.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Inicia el análisis de la demanda por el cargo segundo, criticando la falta de técnica al aseverar que "en desarrollo de lacónico reproche, el censor permite entrever un completo desacierto en sus afirmaciones, en punto de la inconsonancia entre la acusación y la sentencia, en la medida que no obstante sostener que escoge como vía de impugnación la causal de nulidad, su invocación y desarrollo se ve entremezclada con afirmaciones propias de la causal segunda de que trata el artículo 220 del C. de P. P, lo que traduce una manifiesta dubitación del casacionista en el pretendido de concretar y determinar el sentido y alcance de su censura".

Estima que este desacierto en sede de casación se convierte en "un flagrante e insalvable yerro técnico que atenta contra la claridad y traslucidez argumentativa que se espera revele el reproche".

Recuerda que la jurisprudencia de la Corte ha dicho que si la pretensión de la censura es "la inclusión de circunstancias de agravación en la sentencia que no han sido consideradas en la resolución de acusación, no son precisamente tales condiciones de incremento punitivo las que permiten variar o modificar la denominación jurídica que sustenta y permite que se piense en que la imputación jurídica ha variado de una a otra determinación, como para acudir a la causal que refiere la inconsonancia entre la acusación y la sentencia". Por tanto, no es procedente acudir a ella.

Que si la pretensión era enmarcar el reproche dentro de la causal de nulidad, le recuerda que la formulación de esta causal no está alejada de los rigores lógicos y técnicos que regulan la casación.

Agrega que el libelo no sólo falla por técnica, sino que no le asiste la razón al demandante, pues en la resolución de acusación pueden encontrarse reproches "a una conducta claramente innoble, insensible y por completo irresponsable del procesado, al pretender desconocer las normas más elementales de tránsito y de comportamiento ciudadano, cuando a la hora en que acontecieron los hechos, el conductor de la buseta no obstante percatarse de que otros automotores esperaban en su misma vía el cambio de la luz roja, cruzó imprudentemente la calle once sur, con los ya conocidos resultados".

Lo anterior lo lleva a concluir que no se trata de una deducción inmotivada de las circunstancias de agravación punitiva, sino de una ausencia de determinación normativa en la resolución de acusación, que sí se efectuó al momento de conocerse el proceso en el Tribunal y, por tanto, no es una modificación a la imputación jurídica, sino que el incremento obedece a la clara discrecionalidad del sentenciador.

Solicita la no prosperidad del cargo.

En lo concerniente al primer cargo dice que si la vía escogida para demandar la casación del fallo es el cuerpo primero de la causal primera, violación directa de la ley sustancial, se deben aceptar la plenitud de los hechos probados en el proceso. Sin embargo, considera el Procurador, el censor no respetó tal postulado, por cuanto la demostración del reproche la hizo consistir en que la segunda instancia hizo alusión a circunstancias genéricas de agravación punitiva que no estaban contenidas procesalmente y que ni los testigos, ni el procesado dejan entrever en sus versiones.

Así mismo conceptúa que no le asiste la razón al recurrente cuando predica la inaplicación del artículo 340 "cuando es precisamente con base en esa descripción típica por la que se condena, entre otras, al procesado".

Tales desaciertos impiden que se entre a estudiar de fondo la demanda y solicita por ello se rechace el cargo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Siguiendo la jurisprudencia reiterada de esta Sala, se estudiará en primer lugar el cargo de nulidad, porque de prosperar sería inane el análisis del otro reproche formulado.

Ante todo, es preciso señalar que el casacionista no es afortunado en la enunciación de la censura, pues parece entremezclar las causales segunda y tercera de casación.

Al respecto la Sala ha sostenido que aunque la falta de congruencia se debe plantear por la causal segunda, tampoco es desacertado acudir a la nulidad, pues tal clase de yerro viola el derecho de defensa, y como aquella afectaría, exclusivamente, la sentencia, bastaría casarla al tenor de los artículos 228 y 229-1 del C. de P.P. y dictar la de reemplazo, con las mismas consecuencias jurídicas de la falta de consonancia. (casación 9653 septiembre 25/97, entre otras).

De todas maneras, en el presente caso, a pesar de los desatinos técnicos, aparece que el cuestionamiento del impugnante se refiere a la falta de consonancia entre la resolución de acusación y la sentencia, al haberse deducido en la de segunda instancia dos agravantes genéricas, el motivo innoble o fútil y la insensibilidad moral del delincuente, no imputadas en la resolución de acusación.

Al respecto la Sala considera que al libelista le asiste la razón, pues la resolución de acusación es el pliego concreto y completo de cargos, precisados tanto fáctica como jurídicamente, que se hacen al procesado para que frente a ellos ejerza el derecho de defensa. Pero para que tal garantía tenga cabal operancia, el acusado debe tener certeza sobre las imputaciones hechas, motivo por el cual no se le puede responsabilizar en la sentencia por circunstancias agravantes no deducidas en el calificatorio.

Ha dicho la Sala: "Esta concreción fáctico - jurídica (se refiere a la resolución de acusación) determina los límites del juzgamiento y por tanto de la sentencia, sea o no anticipada, no pudiendo el juez, sin sacrificar la consonancia del fallo e incurrir en irregularidad susceptible de ser atacada al amparo de la causal segunda de casación, incluir nuevas conductas delictivas o adicionar circunstancias específicas de agravación punitiva, o genéricas no objetivas, ni desconocer las de atenuación deducidas, ni modificar desfavorablemente el grado o formas de participación y de culpabilidad, como cuando se condena por un delito consumado a quien ha sido acusado por uno tentado, o como autor a quien lo fue en calidad de cómplice, o por un delito doloso a quien se le imputó uno preterintencional o culposo". (casación 9485. Mayo 29/97).

Con relación a las agravantes genéricas, el criterio de la Corte ha sido el de que, como norma general, deben ser imputadas en el pliego de cargos, salvo las objetivas, ésto es, aquellas evidentes con la sola narración del aspecto fáctico del proceso. Pero existen otras circunstancias que requieren de una valoración o análisis previos a su deducción, como "el motivo innoble o fútil", "la preparación ponderada del hecho punible", etc., en las cuales se deben señalar claramente los presupuestos fácticos que las contienen o mencionarlas en la forma como lo hace la ley, así no se indique ésta en concreto. (Véase, entre otras, casación 10.746 de febrero/98 y 11.248 de abril/98).

En el presente caso, las agravantes genéricas cuestionadas son de carácter subjetivo, pues se trata del motivo innoble o fútil y de la insensibilidad moral del delincuente, que no fueron comprendidas en el pliego acusatorio, pues sólo aparecieron en el fallo del *ad quem*, por petición del Ministerio Público, cuando interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, para que se aumentara la sanción, con fundamento en que al concurrir las citadas causales no se podría partir, para dosificar la pena, del mínimo de 24 meses sino de 36. Estimó, además, que"la dosificación de la pena privativa de la libertad como la pecuniaria finalmente impuestas a Olaya López resultan demasiado benignas, y sin proporción frente a la modalidad y gravedad de los hechos". Pide se aumente el incremento efectuado por razón del concurso, que sólo fue de doce meses.

El Tribunal, con base en que concurrían tales agravantes genéricas no partió del mínimo establecido en el artículo 329 del C. P., para tasar la pena, sino de 32 meses.

Manifestó tal Corporación:

"Para efectos de la dosificación de la pena, el señor Juez partió del mínimo de 24 meses que contempla el artículo 329 del C.P. para el primer homicidio y por razón del concurso la incrementó en 12 meses más, por los otros homicidios y las lesiones personales, para un total de treinta y seis meses de prisión, quantum que no es de recibo para la Sala, como quiera que concurren los numerales 1 y 3 del artículo 66 del C.P. 'haber obrado por motivos innobles o fútiles' y 'el tiempo, el lugar los instrumentos o el modo de ejecución del hecho, cuando hayan dificultado la defensa del ofendido o perjudicado en su integridad personal o bienes, o demuestren una mayor insensibilidad moral en el delincuente', aspecto en el que tiene razón la representación del Ministerio Público, por lo que tiene que partirse de treinta y dos (32) meses, cifra a la que debe incrementarse dieciocho (18) meses por el concurso de los otros dos homicidios y los 8 heridos, para que en definitiva la pena sea de CINCUENTA (50) MESES DE PRISION en cambio de la tasada por la primera instancia".

En consecuencia, al deducirse en el fallo censurado agravantes genéricas no objetivas, no imputadas en la resolución de acusación, se rompió la congruencia, por lo cual se impone casar parcialmente la sentencia, para suprimir las agravantes del art. 66.1.3 del C. Penal, y ajustar la pena correspondiente.

Como las circunstancias mencionadas, según aparece en el párrafo transcrito, sólo incidieron en que no se partió del mínimo de 24 meses, para tasar la pena, sino de 32, será en 8 meses que se disminuirá la principal de prisión que le fue impuesta al procesado.

En la misma proporción se disminuirá la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

El incremento de pena hecho por razón del concurso de delitos permanece inalterado, pues fue efectuado por el *ad quem* en razón de la gravedad del hecho punible.

Las demás sanciones impuestas no sufren modificación.

En cuanto al subrogado de la condena de ejecución condicional, el procesado no tiene derecho a él, por razón de la sanción impuesta, que pasa de 36 meses de prisión.

Como el procesado viene gozando de libertad provisional, se dispondrá su captura para que cumpla la sanción impuesta.

En las condiciones precedentes, prospera el cargo aducido.

Finalmente, al salir avante esta censura, deviene inane el análisis de la otra propuesta por el recurrente, haciendo la observación que no es posible plantear una incompatibilidad general entre agravantes genéricas y culpa, sin establecer la configuración de la circunstancia de que se trata con la estructura de aquella, y las particularidades del caso, lo cual no se intenta.

Son suficientes las consideraciones precedentes para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVA:

1. CASAR PARCIALMENTE el fallo impugnado en el sentido de suprimir las agravantes de los numerales 1 y 3 del artículo 66 del C. P. y, en consecuencia, fijar como pena principal, para el procesado Humberto Olaya López, 42 meses de prisión y el mismo lapso para la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

2. Líbrese orden de captura en contra de Carlos Humberto Olaya López, para los fines expuestos en la parte motiva.

3. En lo demás la sentencia recurrida queda sin modificación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Jaime Rico Carvajal (Conjuez).

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RESOLUCION DE ACUSACION

La Sala ha reiterado la fuerza vinculante que tiene la resolución de acusación ejecutoriada en un sistema procesal penal con tendencia acusatoria como el colombiano, en la medida en que no puede ser desconocida por el juzgador con argumentos apriorísticos, y al concretar los hechos por los que se llama a juicio delimita la competencia y fija el marco de referencia para el ejercicio del derecho de defensa o la terminación anticipada del proceso (arts. 37 inc. final, 38 y 39 del C. de P. P., modificados por los arts. 3, 6 y 7 de la Ley 81/93).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll.*

Proceso No. 14208

Aprobado acta No. 111

1. Asunto

Desatar la colisión negativa de competencias surgida entre los Juzgados Dieciocho Penal del Circuito y Regional de Medellín, en el proceso que por el concurso de secuestros extorsivos se adelanta contra Chesley Hernández Gallego.

2. Antecedentes

Un Fiscal Regional de Medellín, el 26 de abril de 1995 calificó el mérito probatorio del sumario, acusando a Chesley Hernández Gallego como autor, por el concurso heterogéneo y sucesivo de extorsiones en modalidad tentada y consumadas, agravadas por los numerales 3, 4, 7 y 13 del art. 66 del C. P. y 372 *ejusdem*; y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, y cohecho por dar u ofrecer (f. 295 c.o.).

También formuló pliego de cargos contra Alberto Antonio Idárraga Grajales y Mario de Jesús Arias Taborda como coautores de un concurso sucesivo y heterogéneo de extorsiones en idénticas modalidades, y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

Apelada la resolución de acusación por la defensa, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, en proveído de 14 de julio de 1995 (fols. 21 y ss. c. anexo No. 1), la modificó y dispuso "acusar a Chesley Hernández Gallego, Alberto Antonio Idárraga Grajales y Mario de Jesús Arias Taborda... en su calidad de coautores por un concurso de SECUESTRO EXTORSIVO"; "CONFIRMAR la acusación por el punible de extorsión en su modalidad de tentativa, debiendo aclararse que los tres procesados responderán como COAUTORES". "CONFIRMAR la resolución acusatoria por violación al art. 1° del Decreto 3664 de 1986, erigido hoy en legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, también aclarando que los sindicados responderán como COAUTORES". Y "Confirmar la resolución acusatoria impartida en contra de Chesley Hernández Gallego, frente al punible de COHECHO POR DAR U OFRECER".

Los hechos por los que se procede fueron resumidos de la siguiente manera por la Fiscalía de Segunda Instancia:

"... en la ciudad de Medellín, aproximadamente para la época del mes de abril de 1994, hasta la residencia laboral de la señora Adriana María Pineda Vanegas arribaron unas personas que aduciendo autoridad policiva y correspondería lo atinente a la investigación penal derivada de la muerte violenta de su esposo le solicitaron los acompañara hasta una refresquería cercana a fin de enterarla de las resultas pesquisitorias, y una vez allí, tras endilgarle responsabilidad directa en la muerte de aquel la compelieron a abordar un vehículo de servicio público en el cual la movilizaron por cerca de cinco horas, al cabo de las cuales y para recuperar su plenitud locomotiva fue obligada a retirar de una Corporación Bancaria la suma de DOS MILLONES DE PESOS y a comprometerse a ulterior entrega de un certificado de depósito a término por la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS, exigencia que a la postre fue cumplida por la señora PINEDA VARGAS como consecuencia de los hechos que acaban de puntualizarse".

"Como quiera que los delincuentes persistieron en las exigencias pecuniarias -esta vez por la suma de treinta millones de pesos- la víctima acudió entonces ante las dependencias del UNASE y después de diseñar el operativo pertinente se logró la aprehensión de varias personas, entre ellas Chesley Hernández Gallego, quien compareció al lugar predispuesto para la supuesta entrega llevando consigo un arma de defensa personal y al ser sorprendido por la autoridad trató de sobornarla mediante ofrecimiento pecuniario cuya única utilidad fue la de comprometer aún más su situación jurídica" (fol. 5 c. No. 3).

Remitidas las diligencias al Reparto de los Juzgados Regionales, el Despacho al que correspondió el trámite de la causa, en interlocutorio de 21 de diciembre del mismo año (fol. 369 c.o.), resolvió "Decretar la nulidad de lo actuado a partir del auto que decretó el cierre de la investigación, fechado el 27 de octubre del 94, inclusive, en el sumario contra Chesley

Hernández Gallego, Alberto Antonio Idárraga Grajales y Mario de Jesús Arias Taborda, pero sólo con relación a este último", por violación al derecho de defensa. El Juzgado continuó con la etapa del juicio en relación con los restantes procesados.

Ese Juzgado, en auto de 2 de mayo de 1996 negó la declaratoria de nulidad solicitada por el procesado Alberto Antonio Idárraga Grajales, quien interpuso recurso de apelación. Concedido el recurso, el Tribunal Nacional en auto de 18 de julio de ese mismo año, revocó el auto apelado y declaró la nulidad parcial de lo actuado con relación al procesado en mención, a partir inclusive, de la diligencia de indagatoria, por violación al derecho de defensa, precisando que "de la invalidación quedan excluídas las pruebas legalmente practicadas en el curso de la actuación" (fol. 515 c. No. 2).

El 8 de agosto de 1996 (fols. 519 y ss. c. No. 2), el Juzgado Regional de Medellín condenó a Chesley Hernández Gallego, a la pena principal de 110 meses de prisión y multa de mil pesos. "al hallarle penalmente responsable del concurso de ilícitos consagrados en los Arts. 32 LA (sic) Ley 40/93 (extorsión), junto con la tentativa de extorsión, el porte de armas de defensa personal y el cohecho por dar u ofrecer", y lo absolvió por el cargo de SECUESTRO.

Apelada la sentencia anterior por el procesado, el Tribunal Nacional en segunda instancia, al evidenciar que "el juzgador de primer grado tradujo en dos extorsiones consumadas igual número de secuestros extorsivos impuestos en la resolución de acusación vigente, por los cuales se pronunció con absolución", resolvió el 28 de noviembre de 1996 (fols. 528 y ss. c. o.) "DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de lo actuado en este proceso respecto de Chesley Hernández Gallego y con relación a los delitos de secuestro extorsivo, a partir, inclusive de la resolución calificatoria de segunda instancia. Por ello, una vez esta providencia arribe a la Secretaría de la Corporación, remítanse inmediatamente a la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, las copias necesarias para que de conformidad a lo expuesto en lo que corresponda de la parte considerativa, se proceda a la calificación debida de lo actuado" (fol. 550 y ss. c.o.).

Adicionalmente resolvió "REVOCAR parcialmente el numeral primero de la providencia revisada, para en su lugar CONDENAR a Chesley Hernández Gallego, como coautor responsable de tentativa de extorsión, en concurso con porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y cohecho por dar u ofrecer, a las penas principales de cincuenta y nueve (59) meses y diez (10) días de prisión y multa en cuantía de mil pesos ($1.000, 00)", modificando en el mismo sentido el término de duración de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, y condenándolo al pago de los daños y perjuicios ocasionados con los delitos.

La Fiscal Duodécima Delegada ante los Tribunales Superiores de Medellín y Antioquia, en auto de 4 de febrero de 1997, al evidenciar que el Tribunal Nacional, "confirmó de manera fragmentaria la sentencia de primer grado, pero anuló parcialmente el procesatorio, a partir de la providencia calificatoria de segunda instancia: luego, dejó pendiente para desatár la alzada, en lo relativo a los secuestros extorsivos endilgados al mencionado Hernández Gallego", se declaró incompetente para discernir el recurso vertical irresuelto, de conformidad con el ordinal 2° del artículo 124 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con lo preceptuado en el ordinal 5° del artículo 71 del mismo estatuto, remitiendo el diligenciamiento a los Fiscales Delegados ante el Tribunal Nacional (fol. 610 c. No. 2).

El Fiscal Delegado ante el Tribunal Nacional, en resolución de 27 de febrero de 1997, resolvió "Confirmar la resolución acusatoria proferida en contra de Chesley Hernández Gallego por la Fiscalía Regional de Medellín el 26 de abril de 1995, aclarando que el juzgamiento se hará como autor de los delitos de "secuestro extorsivo" en concurso material, conforme a la calificación provisional consignada en la anterior motivación (fol. 17 cuaderno No. 3).

El Juzgado Regional de Medellín, en auto de 21 de abril del mismo año, se declaró incompetente para tramitar el juicio, argumentando que "El Tribunal Nacional decretó la citada nulidad a partir de la resolución de segunda instancia, por medio de la cual se desató el recurso de apelación interpuesto contra la resolución acusatoria, bajo la estimación de que fue en aquel proveído donde erróneamente fue calificado el mérito de la instrucción, subsistiendo, por ende, la resolución de primera instancia" (fol. 614 c.o.).

"En consecuencia -agregó el juzgador-, acorde con los lineamientos del fallo de la (sic) segundo grado, es la UNIDAD DE FISCALES DELEGADOS ante los Tribunales Superiores de Antioquia y Medellín, quien debe resolver el recurso de apelación, siendo la decisión del Tribunal Nacional "una ley del proceso" de OBLIGATORIA OBSERVANCIA, a la cual no puede escapar ningún funcionario que actúe dentro del mismo y, aunque no se compartan sus conceptos, tenemos que aceptarlos y acatarlos; de lo contrario, el caos y anarquía no permitirían que jamás pudiera terminarse un proceso".

Las diligencias fueron remitidas a la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, y el Fiscal Delegado a quien le correspondió el asunto, al evidenciar que "la segunda instancia en resolución de mayo 29/97, confirmó la resolución de acusación respecto de Chesley Hernández Gallego", en auto de 19 de diciembre devolvió el expediente al Juez Regional de Medellín (fol. 567 c.o.).

En esta oportunidad, el Juez Regional, con interlocutorio de 2 de febrero de esta anualidad, reiteró los fundamentos tenidos en cuenta para afir-

mar su incompetencia, y remitió el diligenciamiento al Reparto de los Juzgados Penales del Circuito, proponiendo colisión negativa de competencias, en caso de no ser compartidos sus planteamientos (fol. 573 *ib.*).

El Juez 18 Penal del Circuito de Medellín -a quien correspondió la actuación por reparto-, se declaró incompetente para rituar la presente causa, aceptó la colisión de competencias, y remitió el encuadernamiento a esta Corporación para que se dirima el conflicto. Con los siguientes razonamientos sustentó su posición:

"Este Juzgado prohija y comparte los relevantes argumentos jurídicos plasmados por la (sic) Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Nacional y Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

"Es que, desde la primigenia notitia criminis *vertida por la afectada se deduce la naturaleza de los hechos a que fue sometida: "... que los acompañara, salimos a una cafetería y ME METIERON A UN TAXI, me llevaron por la 80, y todo el día andaron (sic) en ese taxi conmigo; yo les dije que si me iban a matar o a secuestrar o qué querían conmigo dijeron que lo que querían era plata PARA PODER QUE ME SOLTARAN LES DI DOCE MILLONES DE PESOS..." -fols. 1 fte.-*

"Es palmario para el Despacho que la dinámica fáctica así descrita, la que indudablemente obedece a la verdad real, enseña un atentado contra la libre determinación de la afectada y conculcó su libertad de locomoción, sin que sea admisible el argumento de que pudo desplazarse con plena voluntad". Voluntariedad que en manera alguna es predicable, comprendido que la indefensa mujer desde el comienzo se vio compelida a así actuar por el efecto del ejercicio de violencia moral en su contra, e incluso, vía absoluta, pues que refirió que en determinado momento fue amenazada con un arma de fuego. Coerción, amenaza, coacción moral y sicológica que se deduce de la presencia de seis individuos para ella desconocidos, algunos de apariencia indeseable, que le instaron a acompañarles a la cafetería y luego en términos no comedidos se adujeron miembros de la Fiscalía General de la Nación, comisionados para investigar la muerte de su cónyuge, en la cual, según aquellos, se le percibía involucrada y con persistencia de los mismos medios violentos de corte moral LA METIERON EN UN TAXI, introducción ésta que si bien no fue ejercida a empellones sí fue matizada por la superioridad de delincuentes en razón de su sexo, número, hoscas actitudes y non sactos (sic) argumentos. Sea decir, desde entonces la voluntad de la dama vióse viciada por el ejercicio de la trascendente violencia moral y amilanada de su libertad de autodeterminación debióse acoplar al ilícito mandato y permanecer, contra su voluntad en el interior del vehículo por varias horas y restringido su fundamental derecho de locomoción, siempre bajo la vigilancia del grupo de maleantes hasta que, "PARA PODER QUE ME SOLTARAN LES DI DOCE MILLONES DE PESOS" (fol. 580 c. o.).

3. Consideraciones de la Corte

La Corte es competente para dirimir la presente colisión de competencias surgida entre un Juez Penal del Circuito y un Juez Regional, de conformidad con el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal.

La Sala ha reiterado la fuerza vinculante que tiene la resolución de acusación ejecutoriada en un sistema procesal penal con tendencia acusatoria como el colombiano, en la medida en que no puede ser desconocida por el juzgador con argumentos apriorísticos, y al concretar los hechos por los que se llama a juicio delimita la competencia y fija el marco de referencia para el ejercicio del derecho de defensa o la terminación anticipada del proceso (arts. 37 inc. final, 38 y 39 del C. de P. P., modificados por los arts. 3, 6 y 7 de la Ley 81/93).

De ahí que la incompetencia del Juez para conocer de un determinado proceso debe estar referida a los hechos por los cuales se profirió resolución de acusación, pues le está vedado -por virtud del principio de congruencia entre acusación y sentencia-, extender el juzgamiento a hipótesis delictivas derivadas de hechos que no fueron objeto de imputación en el pliego de cargos.

De conformidad con la precisión anterior, resulta admisible la controversia planteada en el presente caso, por cuanto la incompetencia aducida por el Juez está referida a la denominación jurídica de los hechos objeto de acusación, cuya verificación debe ser efectuada por el Juez de la causa como máximo garante de la legalidad del proceso.

La discusión que en torno a la naturaleza de los hechos se ha suscitado en el presente proceso -donde dicho sea de paso, las múltiples y contingentes invalidaciones de lo actuado han comprometido la celeridad y efectividad de la Administración de Justicia-, tiene por fundamento, según el Juzgado Regional de Medellín, la consideración de que la víctima aceptó voluntariamente y en las dos oportunidades en que ello sucedió, abandonar su sitio de trabajo, abordar un vehículo acompañada de seis hombres desconocidos, y recorrer la ciudad de Medellín permaneciendo en el interior del automotor durante más de seis horas para luego, en respuesta a las exigencias de dinero que le hacían sus advenedizos acompañantes, entregar la suma de doce millones de pesos, descripción fáctica que encuadra, según tal concepción, en el punible de extorsión.

Tan apresurada percepción de lo sucedido contraría, además de las reglas de la experiencia, la realidad procesal, pues desconoce el coherente y por ende creíble relato hecho por la ofendida Adriana María Pineda Vanegas en su denuncia y posteriores ampliaciones, al igual que las versiones de los implicados, acervo probatorio éste de cuya valoración en conjunto emerge la conclusión en torno a la afectación de la libertad de loco-

moción de la víctima, como medio para obtener el desprendimiento patrimonial al que se vio forzada como único presupuesto para superar su estado de retención.

Que varios de los implicados, como el mismo Chesley Hernández Gallego en su estrategia defensiva hayan negado tener conocimiento de las razones por las cuales habían ingresado al lugar de trabajo de la ofendida, y habían abordado con ella un taxi, paseándola durante seis horas por toda la ciudad, para luego exigirle la entrega de doce millones de pesos, en nada desdibuja la violencia moral ejercida para obligarla a abordar un vehículo, retenerla en su interior mientras se recorría la ciudad, y luego efectuar la ilícita exigencia de dinero como requisito para su liberación.

La coacción moral ejercida sobre la víctima para quebrantar su libertad individual surge no sólo de su espontáneo relato de los hechos -*"me metieron a un taxi"*, *"en poder de ellos estuve de diez de la mañana a las tres de la tarde"* (fols. 1 y 63 c.o.)-, sino de la versión de varios de los implicados, como Mario de Jesús Arias Taborda y Alberto Antonio Idárraga Grajales, quienes admitieron que, para lograr que los "acompañara" en el vehículo, y recorriera las principales calles de la ciudad durante más de seis horas, en dos días diferentes, *"se le identificaron como autoridad"*, le dijeron *"somos de la Fiscalía"*, y la amenazaron con arma de fuego, aduciendo estar comisionados para investigar el homicidio de su cónyuge, indicándole que en estos hechos, la retenida estaba seriamente comprometida (fols. 95 y 98 *ib.*).

Mario de Jesús Arias Taborda, en su diligencia de indagatoria, afirma a folio 95 del c.o., que dos de los implicados "se le identificaron como autoridad", para lograr que los acompañara y cumplir su propósito ilícito. Alberto Antonio Idárraga Grajales (fol. 98 ib.), admite haberle dicho a la víctima: "somos de la fiscalía".

No de otra forma se explica que la víctima haya abandonado su sitio de trabajo en compañía de seis desconocidos, para, luego de dialogar en una cafetería, abordar un taxi y recorrer durante más de seis horas las calles de la ciudad de Medellín, itinerario que en la primera oportunidad culminó con la entrega de dos millones de pesos en dinero efectivo y días después, luego de agotar una similar secuencia fáctica en la que, siendo también amenazada con arma de fuego, fue llevada hasta una notaría, donde transfirió a favor de sus plagiarios un título valor por diez millones de pesos.

Este análisis de las pruebas allegadas al presente investigativo permite concluir que Adriana María Pineda Vanegas fue efectivamente sustraída de su sitio de trabajo y retenida, y por esta circunstancia obligada a entregar el dinero en la primera oportunidad y a endosar el Cdt -en la segunda-, para recuperar su libertad, secuencia fáctica que, se reitera, implica la realización del atentado a la libertad de locomoción, que típicamente corresponde a la sustracción y retención, conducta acicateada por

una específica motivación -"*con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad...*"-, adicional a la conciencia sobre la existencia del tipo, obviamente de prohibición, y la voluntad de su realización, todo lo cual corresponde al supuesto normativo que describe el delito de secuestro extorsivo (artículo 268 del Código Penal, modificado por el artículo 1° de la Ley 40 de 1993).

Lo anterior por cuanto lo primordial en la configuración del punible en referencia, es la afectación del derecho a la libertad de locomoción -que en el presente caso se dio a través de la sustracción de la víctima de su sitio de trabajo, su retención contra su voluntad por espacio de seis horas en el interior de un vehículo, y su movilización por diferentes sitios de la ciudad, sin que la exigencia de dinero a cambio de la liberación de la víctima, excluya la tipificación del secuestro, pues, como ha quedado establecido, esta circunstancia materializa la exigencia de uno de los ingredientes especiales del tipo de secuestro extorsivo que certeramente han venido predicando los Fiscales Delegados ante el Tribunal Nacional, y ahora el Juez Dieciocho Penal del Circuito de la ciudad de Medellín, que aceptó la colisión propuesta.

No le asiste entonces razón al Juez Regional que, apoyado en las escasas motivaciones con que el Tribunal Nacional invalidó fragmentariamente el fallo condenatorio por él proferido, acude a meras razones de autoridad para encuadrar la conducta en el delito de extorsión y descartar el atentado a la libertad individual, cuestionando la competencia y dilatando el trámite del proceso, sin sopesar en conjunto las probanzas que respaldan la calificación jurídica contenida en la resolución de acusación en firme.

Diferente habría sido la conclusión a que aquí se arriba, si la entrega del dinero hubiera obedecido a la sola amenaza de privar de la libertad a la víctima, pues en este caso sólo se configuraría un atentado a su libertad de autodeterminación con afectación del patrimonio económico, supuesto de hecho correspondiente al delito de extorsión. Pero en este caso, se reitera, la víctima sí fue privada de la libertad de locomoción -sustraída de su lugar de trabajo, introducida a un taxi, retenida durante varias horas, llevada a una notaría, luego a un cementerio donde uno de los plagiarios la hizo arrodillar y la amenazó con arma de fuego, etc.-, y la entrega del dinero fue el presupuesto para obtener su liberación.

Al respecto la Sala, en proveído de 23 de abril de 1996, con ponencia del Magistrado Carlos Augusto Cálvez Argote precisó que "si la exigencia de dinero se hace reteniendo o privando de la libertad a una persona, ninguna duda puede existir de que se está ante un secuestro extorsivo, pues lo exigido se constituye en el precio de la libertad de quien involuntariamente la ha perdido".

Así las cosas, como en el presente caso, además del ejercicio de una fuerza coactiva de la voluntad, existió una evidente e innegable restricción

de la capacidad física de traslación de la víctima como derecho fundamental, resulta acertado el encuadramiento típico de la conducta realizado por el Juez Dieciocho Penal del Circuito de Medellín. En consecuencia, de conformidad con el artículo 71-5° del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 9° de la Ley 81 de 1993), se asignará al Juez Regional de Medellín el conocimiento de la causa por el concurso de delitos de secuestro extorsivo. De contera, se devolverá el expediente a este último funcionario, enviando copia de esta providencia al Juzgado 18 Penal del Circuito de la misma ciudad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

ASIGNAR la COMPETENCIA para conocer de este asunto al JUZGADO REGIONAL de Medellín, a donde se devolverá el expediente, enviando copia de esta decisión al Juzgado 18 Penal del Circuito de la misma ciudad.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PROCESO-Peticiones/ **ETAPA DE JUZGAMIENTO /CESACION DE PROCEDIMIENTO**-Causales objetivas

Cuando el proceso se encuentra en la etapa de juzgamiento únicamente es viable invocar o decretar la cesación de procedimiento por causales objetivas de improseguibilidad de la acción penal, como la prescripción de la misma, la muerte del procesado, la oblación, el desistimiento, la amnistía, la conciliación, etc. pues todas ellas impiden a la Administración de Justicia hacer un pronunciamiento distinto a la terminación de la actuación procesal, por lo cual deben ser declaradas en el momento en que surjan o el funcionario se percate de su existencia, de manera que la única valoración probatoria permitida es la tendiente a establecer su ocurrencia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Proceso No. 13024

Aprobado Acta Nº. 111

VISTOS

Procede la Sala a decidir conjuntamente los recursos de apelación interpuestos por los defensores de los procesados Mario Humberto Borbón Molano, de una parte, y Nohora Esperanza Zambrano y Jorge Lucas Tolosa Cañas, de la otra, contra la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, de fecha 19 de diciembre de 1996, por medio de la cual se negaron las peticiones de cesación de procedimiento, de nulidad y de práctica de algunas pruebas, y se accedió a la realización de otras, una vez finalizado el término contemplado por el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal.

FUNDAMENTO DE LAS PETICIONES

El defensor de Mario Humberto Borbón Molano presenta dos memoriales en los cuales solicita lo siguiente:

La práctica de una diligencia de inspección judicial en el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá, sobre el expediente 26048 de Sergio de Jesús Agudelo contra la Nación-Ministerio de Educación, con el objeto de establecer la naturaleza del título ejecutivo allí aportado, las pretensiones del actor y el tipo de decisiones allí proferidas.

En idéntico sentido pide que se acuda a los Juzgados 1°. y 12° Laborales del Circuito de esta misma ciudad, para revisar los procesos 6907, 45848 y 53296.

A su vez impetra que se oficie a otros tantos despachos judiciales y a la Sala Laboral del Tribunal Superior de este mismo Distrito Judicial para que remitan copia de procesos ejecutivos laborales que allí se adelantan contra el Ministerio de Educación Nacional.

Para establecer la conducencia de estas pruebas, manifiesta:

"... *la existencia coetánea y pretérita de situaciones similares tratadas en idéntica forma por autoridades judiciales, laborales de igual y superior jerarquía respecto a mi defendido, en relación de dependencia directa con lo cual acreditaría la legitimidad del proceder del acusado en cuanto se constituye en forma de acatamiento de jurisprudencia existente.*" *(folio 64).*

Demanda, igualmente, se reciban los testimonios de los doctores Jairo Parra Quijano, Rafael Baquero Herrera, Jaime Azula Camacho, Alvaro Soto Angel y Hugo Suescún Pujols, con el objeto de que confirmen la existencia de "doctrina laboral" en torno a lo anteriormente expuesto.

Por último, solicita la "preclusión de la investigación por inexistencia del delito", toda vez que estima que si su prohijado se guió estrictamente por los ordenamientos legales, la doctrina y la jurisprudencia, los cargos imputados en la resolución de acusación deben declararse infundados.

El defensor de Jorge Lucas Tolosa Cañas y Nohora Esperanza Zambrano impetra la nulidad del proceso, circunscribiendo su alegato a lo siguiente:

Estima que indebido resultó haber llevado las diligencias practicadas por la Procuraduría General de la Nación al proceso penal, de tal manera que sirvieran de base para éste, ya que el diligenciamiento llevado a cabo por el Ministerio Público se encuentra afectado de notorias irregularidades, como quiera que en los autos por medio de los cuales se comisionó a una abogada visitadora adscrita a la Delegada para la Vigilancia Judicial, por parte del Procurador Delegado (autos del 20 y 25 de mayo de 1993), no se hizo especificación ni determinación alguna acerca del objeto y fines de tal comisión.

Es decir, en criterio del abogado, no existe auto que ordene la práctica de pruebas, para que la abogada visitadora hubiese llevado a cabo las diligencias que sirvieron de base para el proferimiento del pliego de cargos

por parte de la Procuraduría y que, finalmente, constituyeron la noticia criminis en el proceso penal.

Entonces, al sustentarse la apertura del proceso penal en el trámite disciplinario, aquél debe reputarse nulo por cuanto, dice el defensor, no se cumplieron los requisitos señalados en el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal referente a la prueba trasladada.

Como si lo anterior fuese poco, no se practicó prueba alguna dentro de la etapa de investigación, clausurándose y calificándose la misma con fundamento en dicho trámite administrativo, violándose con ello derechos fundamentales, como la presunción de inocencia, la investigación integral, la controversia probatoria y el derecho a la defensa, habiéndose adelantado el proceso a espaldas del sindicado.

También argumenta que se violaron las normas que regían en esa época el trámite disciplinario, concretamente el artículo 37 del Decreto 1888 de 1989, que consagra que la fase de investigación no puede superar los 30 días, lapso que fue ampliamente excedido.

De otra parte, cuestiona que la Procuraduría hubiese enfilado el proceso disciplinario a investigar las cuentas y transacciones bancarias del abogado Tolosa Cañas, pues es bien sabido que la investigación debe centrarse en funcionarios y empleados públicos mas no en particulares.

Así las cosas, pide se decrete la nulidad de todo lo actuado, incluyendo el expediente 011-139.923, adelantado por la Procuraduría General de la Nación.

En otro memorial que presenta el mismo profesional, demanda la práctica de otras pruebas, en el caso de no accederse al pedido de nulidad. Ellas son:

Diligencia de inspección judicial al proceso 011-139.923, tramitado por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, que sirviera de fundamento para el penal.

Inspección Judicial a procesos tramitados por varios Juzgados Laborales del Circuito, entre los que se encuentran el primero y el cuarto, con el objeto de establecer si las partes fueron debidamente notificadas, si se interpusieron los recursos a que tenían derecho, si se cumplieron los términos, etc..

De otra parte, sin mencionar objetivo ni conducencia alguna, pide se reciban los testimonios de Alvaro Soto Angel y Jorge Eduardo Pinzón Díaz.

La Providencia Impugnada

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá se pronuncia sobre las peticiones efectuadas en el siguiente orden:

Con relación a la petición presentada por el defensor del procesado Borbón Molano sobre la cesación de procedimiento por inexistencia del delito, decide negarla acudiendo a la larga doctrina y jurisprudencia que sobre el tema se ha proferido, en el sentido que la única posibilidad de acudir a ella en la etapa de juzgamiento es cuando ocurren causales objetivas de improseguibilidad de la acción penal, como la prescripción o la muerte del procesado, mas no subjetivas, ya que ello implicaría efectuar la valoración jurídica y probatoria propia del momento del fallo.

Por ello, desestima las pretensiones del libelista.

En cuanto atañe a la nulidad invocada por el defensor de Tolosa Cañas y Zambrano Camargo, manifiesta la Corporación lo siguiente:

"Que el funcionario judicial es quien cuenta con la competencia o autorización constitucional y legal para investigar y practicar pruebas, facultad que le es expresamente reconocida en varias disposiciones del Código de Procedimiento Penal, especialmente en el artículo 334 que establece que el funcionario ordenará y practicará las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad sobre los hechos materia de la investigación. Es decir, le otorga en forma genérica esa facultad y, prevalido de ella, asumió y ejerció la acción penal, decretando la apertura de la investigación al encontrar atendible y verosímil el contenido del informe-conclusiones de la Procuraduría sobre la tipicidad del hecho y la autoría o participación de los sindicados. En síntesis encontró serios elementos de juicio y de convicción para poner en movimiento el aparato estatal de justicia...".

"De lo anterior se infiere, que el funcionario instructor, investido de aquella facultad legal y constitucional, no hizo cosa diferente que dar aplicación a las normas procedimentales citadas, no pudiéndose en consecuencia pregonar que su decisión de apertura de investigación con fundamento en las copias aportadas por la Procuraduría, fue arbitraria e injurídica como así lo deduce la defensa...".

En lo referente a la "ilegalidad" del traslado del informe evaluativo de la Procuraduría, acota el Tribunal que ninguna irregularidad se observa, de conformidad con el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, ya que las copias de dicho proceso administrativo fueron legalmente autorizadas por funcionario público competente, por lo que su origen y naturaleza no se pueden demeritar. De otra parte, los sujetos procesales no sólo tuvieron la posibilidad de controvertir las pruebas, sino que pudieron alegar en favor de sus prohijados, al punto de cuestionar y de interponer los recursos de reposición y apelación contra la resolución de definición de situación jurídica.

Por último, advierte el Tribunal, al estudiar la pertinencia y conducencia de las pruebas, que no puede desconocerse la discrecionalidad de que goza el juez, al punto de encontrarse facultado para rechazar las que ver-

sea sobre hechos impertinentes o superfluos, lo cual se justifica no sólo por economía procesal sino para evitar el entorpecimiento de la labor judicial.

Así, las diligencias de inspección judicial demandadas se deniegan, por cuanto no se observa que su práctica tenga incidencia substancial en el aspecto debatido, más aún cuando lo que con ellas se quiere probar, a saber, la calidad del título judicial aportado, las pretensiones de la parte demandante y las decisiones adoptadas al interior del proceso laboral, estarán plenamente referenciadas y determinadas en este diligenciamiento cuando se traigan las copias de las demandas, de los documentos que sirvieron de título ejecutivo y de las decisiones de fondo, tanto de primera como de segunda instancia de dichos procesos laborales, que como pruebas accede el *a quo* a allegar.

Frente a las impetradas declaraciones de distinguidos profesionales del derecho (doctrinantes y exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia), dice el Tribunal:

"Tales testimonios no trascienden en nada sobre el asunto que se debate en consideración a que no tienen cita expresa en el expediente como personas que les conste las circunstancias dentro de las cuales tuvieron ocurrencia los hechos y los aportes doctrinarios que puedan suministrar en torno a los instrumentos procesales que rigen la clase de procesos laborales, jamás pueden desembocar en la conducencia y procedencia que demanda la práctica de una prueba, pues, ésta tiene que estar en directa relación con el suceso investigado.".

Sobre los demás testimonios pedidos, señala la Corporación:

"... debe tenerse en cuenta que no toda citación que aparezca dentro de un proceso, debe satisfacerse, si por otros medios probatorios, se cumplen las exigencias legales para atribuir responsabilidad a los imputados, máxime cuando lo que tendrían que manifestar dichas fuentes, en nada tocarían el desarrollo y procedimiento aplicado en el proceso laboral sobre el cual versa la investigación. Téngase en cuenta, además que el proceso penal en curso logró obtener pruebas indiciarias estructurales a partir de otras informaciones, actitudes, circunstancias y hechos, que tienen estrecha relación con lo aquí investigado.".

En conclusión, el Tribunal deniega la cesación de procedimiento, la nulidad demandada, la práctica de las diligencias de inspección judicial en varios de los procesos que se tramitan contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional y de los testimonios ya mencionados. Solamente accede a oficiar a los despachos judiciales citados en el memorial presentado por el apoderado de Borbón Molano (folio 63 y siguientes del cuaderno original No. 3), con el objeto de que se expidan copias de los documentos allí relacionados.

LAS IMPUGNACIONES

Extensa y prolijamente, pero bajo similares, por no decir idénticos argumentos a los ya expuestos, recabando en la declaratoria de cesación de procedimiento y de nulidad por violación al debido proceso, sin olvidar sucinta referencia a la inconformidad por la negativa de practicar algunas de las pruebas solicitadas, los defensores demandan la revocatoria de la decisión de instancia.

A lo anterior, sólo deben agregarse las puntuales referencias que trae el apoderado de Jorge Lucas Tolosa Cañas en los siguientes aspectos:

El primero, cuando asevera que el Tribunal no respondió a sus alegaciones, por lo que se quedó sin saber cuáles fueron los motivos para que se negaran sus pretensiones anulatorias del proceso penal.

De otra parte, resalta las notorias falencias que, en su criterio, afectan el trámite disciplinario, ya que la providencia que comisiona a la Abogada Visitadora de la Procuraduría no señala ni determina las expresas facultades con que contaba. Además, se superaron los 30 días que como término máximo de instrucción tenía el disciplinador (art. 34, Decreto 1888 de 1989).

Acota que como en la etapa instructiva del presente proceso penal no se practicó prueba alguna y solamente se tomó en consideración el proceso disciplinario, allegado en copias, se debe anular tanto el uno como el otro.

Marginalmente critica que a su defendida Nohora Esperanza Zambrano Camargo se le imputó el delito de receptación de que trata la Ley 190 de 1995 y no el contemplado en el artículo 177 del Código Penal, cuando por la ocurrencia de los hechos ha debido ser este último.

LA CORTE CONSIDERA

Se entrará en el estudio de los argumentos que sustentan la impugnación, en el mismo orden en que fueron abordados por el *a quo* y que por metodología permiten mayor claridad.

1. De la petición *de cesación de procedimiento*

Acertada resulta la posición del Tribunal sobre la imposibilidad de acceder a tal pretensión bajo el argumento de la existencia de una conducta atípica o de la "inexistencia del delito", ya que la misma se contrae a una valoración jurídica sustentada en el análisis del acervo probatorio, es decir, se trata de una causal subjetiva de improcedibilidad cuya alegación sólo procede en la fase de investigación previa, en orden a buscar la resolución inhibitoria, o en la etapa sumarial, para pretender la preclusión.

En efecto, si el proceso es una secuencial y equilibrada sucesión de actos, sujetos a una estructura normativa preexistente que busca su desarrollo ordenado y armónico, resultan extrañas a él todas aquellas conductas que, so pretexto del ejercicio de un derecho, tiendan a desvertebrarlo, a introducir el desorden o a retrotraerlo a etapas ya superadas.

Por tal motivo, los derechos deben ejercerse en las oportunidades preestablecidas, con lo que se garantiza no solo su normal y progresivo desenvolvimiento, sino los principios de preclusión y de lealtad procesal. Las peticiones inoportunas no solo son viciosas y dilatorias sino que distorsionan la actividad investigadora y juzgadora, en perjuicio de una pronta, cumplida y eficaz justicia, con el natural desgaste y descrédito del órgano jurisdiccional.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la demanda de terminación del proceso, por atipicidad del comportamiento o por inexistencia del hecho, tuvo su momento procesal para invocarse y decidirse, en forma tal que ahora resulta absolutamente impertinente y desconocedora de estadios procesales consolidados y superados.

De manera reiterada ha sostenido la Sala (por ejemplo, en autos del 9 de diciembre de 1987, 24 de marzo y 27 de julio de 1994), que cuando el proceso se encuentra en la etapa de juzgamiento únicamente es viable invocar o decretar la cesación de procedimiento por causales objetivas de improseguibilidad de la acción penal, como la prescripción de la misma, la muerte del procesado, la oblación, el desistimiento, la amnistía, la conciliación, etc, pues todas ellas impiden a la Administración de Justicia hacer un pronunciamiento distinto a la terminación de la actuación procesal, por lo cual deben ser declaradas en el momento en que surjan o el funcionario se percate de su existencia, de manera que la única valoración probatoria permitida es la tendiente a establecer su ocurrencia.

Esto significa que la petición de cesación de procedimiento demandada por el abogado del exjuez Mario Humberto Borbón Molano es impertinente en este momento procesal, por lo que será despachada negativamente.

2. De la petición *de nulidad*

En lo atinente a este aspecto, el recurrente centra su alegación impugnatoria en que el inicio del proceso penal tuvo como soporte probatorio las copias que compulsara la Procuraduría General de la Nación, más concretamente la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial, contentivas del trámite disciplinario que concluyó con el hallazgo de mérito para elevar pliego de cargos contra el exjuez Borbón Molano.

Arguye que el proceso disciplinario es nulo, pues en el auto comisorio no se señalaron ni las pruebas que el comisionado debía practicar, ni el objeto, ni los fines de la comisión, la averiguación no se limitó a los servidores públicos sino que se investigaron las cuentas y transacciones de un

particular, como Tolosa Cañas, y se traspasó el término de 30 días, señalado en la ley, sin que se hubiere adoptado determinación de archivo de las diligencias o de formulación de pliego de cargos. Como el proceso penal, dice, se sustentó en tal actuación, también es nulo, sin que en su etapa investigativa se hubiera practicado ninguna prueba adicional a las contenidas en la actuación disciplinaria. Agrega que no se cumplieron los requisitos del artículo 255 del C. de P. P. para la aducción de la prueba trasladada.

Como salta a la vista, el cuestionamiento no toca, como abstractamente lo enuncia, con la validez del proceso disciplinario, con su estructura, sino con la legalidad de los medios de convicción en él producidos, en forma tal, que aun aceptando, como simple hipótesis, que tales probanzas carecieran de existencia jurídica, por haberse desconocido en su práctica los requisitos legales condicionantes de su validez, en nada se afectaría la estructura del proceso penal, sino que, simplemente, al momento de decidir, no serían apreciadas, razón suficiente para no acceder a la solicitud.

Sin embargo, con relación a la prueba trasladada, la Sala se permite precisar que se cumplieron los requisitos legales fijados para su aducción, pues fueron incorporadas mediante proveído fechado el 18 de abril de 1998, en el que se dijo: "Tener como pruebas las allegadas a estas diligencias preliminares". Así mismo, fueron traídas en copia auténtica, provenían de una actuación administrativa y se llenaron los requisitos de publicidad y contradicción, como lo señalara el a quo, pues durante todo el curso del proceso la defensa tuvo oportunidad de conocerlas y controvertirlas, hasta el punto que la resolución que definió la situación jurídica, fundamentada en tales elementos de convicción, fue impugnada por ella.

Por otra parte, ningún comentario especial merece la insular crítica efectuada por este defensor cuando, prohijando a la procesada Nohora Esperanza Zambrano Camargo, manifiesta que se violó el principio de legalidad al endilgársele la comisión del delito de receptación contemplado en la Ley 190 de 1995, ya que ello es inexacto, pues la imputación que se le hizo en la resolución de acusación fue la de autora del delito de receptación de que trata el artículo 177 del C.P., al considerarse la época en que ocurrieron los hechos.

Finalmente, la solicitud de anulación del proceso disciplinario es totalmente improcedente, pues aparece evidente que una petición de esa naturaleza debió dirigirla al funcionario competente para adelantarlo.

3. *De la práctica de pruebas.*

Debe decirse que razón le asiste al *a quo*, cuando sostiene que resulta improcedente la recepción de los testimonios de ilustres doctrinantes y exmagistrados de la Corte Suprema de Justicia solicitados por el defensor, pues nada les consta de las circunstancias en que tuvieron ocurrencia los

hechos y el abundamiento conceptual y aporte doctrinario no puede relacionarse con la conducencia y necesidad exigida para ordenar la práctica de una prueba.

Igual ratificación merece la negativa a practicar diligencia de inspección judicial a los varios procesos laborales citados en el libelo, pues como lo considera el Tribunal, algunos de ellos ya constan en el expediente en copia anexa y otros no aportan nada sustancial al aspecto debatido. Además, cualquier contribución que pueda esperarse de dichas inspecciones judiciales, perfectamente puede ser conseguido a través de las copias de las decisiones de fondo cuya aducción fue autorizada por el *a quo*.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia objeto de apelación.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JUSTICIA PENAL MILITAR-En casación

La legislación procesal penal colombiana estatuye en materia de casación, artículo 440 del Código Penal Militar para el caso, que la causal alegada y los cargos sean formulados por separado, expresando en forma precisa y clara los fundamentos de cada uno, las normas que se estimen quebrantadas y el concepto de la violación; permite formular cargos excluyentes, pero éstos deben plantearse en forma separada y de manera subsidiaria.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., julio veintinueve (29) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 9932

Aprobado Acta No. 112

ASUNTO

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto en representación de Julio Niño Vivas, contra la sentencia de fecha 18 de abril de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior Militar confirmó, con algunas adiciones, la proferida el 4 de noviembre de 1993 por el Comandante de la Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá, que lo condenó por los delitos de peculado por apropiación y favorecimiento de la fuga.

HECHOS

La tarde del 17 de enero de 1993, varios individuos penetraron al apartamento 202 de la carrera 10 No. 2-75 de Santafé de Bogotá y se apoderaron de un teléfono, un televisor, ocho chaquetas, una cobija y un equipo de sonido, bienes avaluados simbólicamente en $699.500 (f. 181 cd. inicial), pertenecientes a Guillermo Benavides Hermida. Los agentes de Policía Parmenio Nocua Fonseca y Julio Niño Vivas arribaron oportunamente al lugar, pero los autores de tal hurto no fueron puestos a disposición de la autoridad competente y, en cambio de cumplir el deber, los uniformados resolvieron quedarse con algunos bienes sustraídos.

ANTECEDENTES PROCESALES

El 2 de febrero de 1993, el Juzgado ochenta y seis de Instrucción Penal Militar abrió investigación. Indagados y definida la situación jurídica de los mencionados agentes y del Sargento Jesús Alfredo Ovalle Guijo, de quien se creyó que les había colaborado, fue cerrada la investigación y el 5 de agosto de 1993, el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá los convocó a consejo de guerra, por peculado por apropiación y favorecimiento de la fuga de presos, hechos punibles previstos en los artículos 233 y 189 del Código Penal Militar (fs. 207 y Ss., *ib.*).

El mencionado Comandante, en calidad de Juez de primera instancia, el 4 de noviembre de 1993 absolvió a Jesús Alfredo Ovalle Guijo y condenó por los delitos imputados a Julio Niño Vivas, a tres años de prisión; a Parmenio Nocua Fonseca le impuso un año de prisión, al condenarlo únicamente por el peculado por apropiación. La sanción determinó además multa de $20.000 a cada uno e interdicción de derechos y funciones públicas por lapso igual a la respectiva pena principal, negándoles la condena de ejecución condicional (fs. 317 y Ss., ib.).

El 18 de abril de 1994, el Tribunal Superior Militar adicionó el fallo, en el sentido de condenar a Julio Niño Vivas a la pena accesoria de separación absoluta de la Policía Nacional, de conformidad con el artículo 48 del Código Penal Militar y confirmó en lo demás. Sentencia recurrida en casación por la defensora de este procesado.

DEMANDA

Al amparo de la causal primera de casación, son formulados tres cargos al fallo impugnado, así:

1° La recurrente dice que "existe violación DIRECTA por aplicación indebida de los arts. 189 y 233 del C. P. M. y se dejó de aplicar el art. 195 y 234 del C. P. M."

2° Hay violación directa por "aplicación indebida del artículo 196 del C. P. M., en razón a que a folio *No.* 243 del C. O. se encuentra probado que se indemnizó la totalidad de los perjuicios."

3° Se presenta "violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho al ignorar la prueba producida a folios No. 181, Vto. y 182 Vto. [sic], como se hace en la sentencia proferida en la segunda instancia."

A continuación la demandante enumera, tildando de violadas, múltiples normas del Código Penal Militar y expone, sin clasificación ni subsidiaridad, lo que en conjunto para los tres cargos titula "fundamentación". Comienza por anotar que el fallo del Tribunal fue edificado sobre "LA INEXISTENCIA DE LAS DECLARACIONES DE LOS SEÑORES GIOVANNY PEÑA MARIN y ROSALBA TAUTIVA AGUILAR" (sic), cuando

tales testimonios obran en los folios antes citados (realmente corresponde a los folios 81 y 82 del cuaderno inicial, y los nombres de los testigos difieren levemente). Añade que, con violación de lo dispuesto por el artículo 487 del Código Penal Militar, no se analizó que lo hechos hubieran podido ocurrir en la forma relatada por su asistido, confrontándola con las atestaciones de dichas personas.

En seguida salta a lo que sería el segundo cargo, para sostener: "En lo que respecta a lo normado en el art. 196 del C.P.M. se violó en forma directa la ley sustancial, pues no se tuvo en cuenta al momento de proferirse la sentencia en contra de Niño Vivas Julio ya que si fueron cancelados los perjuicios por uno de los sindicados esto cobija a todos los demás."

Retorna abigarradamente a lo que estima probado, para endilgar ausencia de valoración de ser su representado el único que firmó la anotación que aparece en el libro de población llevado en el respectivo CAI, situación que estima reveladora de que no mintió en su versión. Tiene así por cierto que Niño Vivas, al creer en la factura exhibida por el individuo que portaba el equipo de sonido, se lo devolvió y permitió su retirada. Las circunstancias de su buena fe e inexperiencia no fueron examinadas, ni se tuvo en cuenta que disciplinariamente se consideró que se dejó engañar y tan sólo se le impuso un correctivo de amonestación severa.

De esta manera, solicita a la Corte casar la sentencia y dictar el "fallo que debe reemplazarla".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera que el recurso no está llamado a prosperar por razones de orden técnico, pues son propuestos dos eventos de violación directa y uno de indirecta, pero los cargos son desarrollados indiscriminadamente, con lo cual se atenta contra la independencia de cada reproche.

En el primer cargo aparece únicamente la enunciación de la causal y se infiere que en lugar de imputar el peculado y el favorecimiento de la fuga dolosos, han debido tenerse como culposos, sin exponer argumento demostrativo alguno, por lo que la censura quedó a mitad de camino.

El segundo cargo también debe ser desechado, pues adolece de las mismas fallas, ya que tampoco está fundamentado y la recurrente se limita a decir, "confusa y aisladamente", que se indemnizó la totalidad de los perjuicios.

El tercer cargo tampoco tiene vocación de prosperidad, porque los testimonios echados de menos por la censora sí fueron analizados tanto en primera como en segunda instancia, aunque en ésta "confusa y contradictoriamente", reconstruyéndose los hechos de manera diferente a la pre

tendida por la abogada, lo cual permitió adecuar la conducta del sindicado a las descripciones típicas de los artículos 189 y 233 del Código Penal Militar.

Por lo anterior, el Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia atacada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cabe recordar, en primer término, que la legislación procesal penal colombiana estatuye en materia de casación, artículo 440 del Código Penal Militar para el caso, que la causal alegada y los cargos sean formulados por separado, expresando en forma precisa y clara los fundamentos de cada uno, las normas que se estimen quebrantadas y el concepto de la violación; permite formular cargos excluyentes, pero éstos deben plantearse en forma separada y de manera subsidiaria.

Muy poco de lo anterior se cumple en la demanda que motiva esta providencia, según se viene observando y lo comenta con acierto el representante de la sociedad en su concepto antes sintetizado. Fueron anunciados tres cargos dentro del marco de la causal primera, ninguno en subsidiaridad a pesar de que pueden repelerse total o parcialmente; en los dos primeros se aduce violación directa por aplicación indebida de los preceptos señalados, e indirecta en el tercero, omitiendo clasificar la hipótesis del pretendido quebrantamiento y quedando la aunada fundamentación como una amalgama de aseveraciones incompletas e imprecisas, ensayadas como sustentación del recurso extraordinario, que la ley vigente exige que sea una impugnación técnicamente efectuada contra el fallo de instancia.

En su argumentación intermitente, la casacionista alega que no fueron tenidas en cuenta las declaraciones de Francisco Giovanni Peña Marín y Rosalba Tauta Aguilar y, a pesar de no señalarlo en forma expresa, es de inferir que pretende demostrar que, de no haberse incurrido en esa presunta omisión en el análisis efectuado como sustento del fallo, éste hubiera sido distinto; en la creencia de conducir a absolución, ha debido especificarlo y formular los restantes cargos como subsidiarios, porque no podría atenuarse la pena, como desde otros enfoques parece pretender, cuando ninguna sanción se impondría.

Además de las falencias técnicas, que afectan en general a la demanda, se observa que la recurrente endilga un yerro que no tuvo ocurrencia en la realidad, pues los testimonios mencionados sí fueron analizados, aunque arribando a conclusiones distintas, como se observa en el siguiente aparte de la sentencia de primera instancia (f. 329 *ib.*), que conforma unidad inescindible con la recurrida en casación, en cuanto aquélla es confirmada:

"También son sospechosas las declaraciones de los particulares que... observaban en el lugar, pues en sus declaraciones claramente manifiestan que conocen al agente encartado con anterioridad de los hechos, el uno un año y medio aproximadamente y la otra cinco años."

También se aprecia en la decisión de segunda instancia (f. 427 *ib.*):

"En lo que respecta al Agente Julio Niño Vivas, el plenario avizora que una vez conducía al particular que previos instantes habían sido interceptado con el equipo de sonido de la referencia, prefirió dejarlo libre con el fin de tomar para sí el elemento, pues no es creíble la afirmación hecha por las personas que según su sentir, lo vieron dialogando con otras a la vez que le exhibían al parecer un recibo o factura..."

De tal manera, no hubo error de hecho por falso juicio de existencia, ya que los juzgadores no omitieron analizar las declaraciones de los testigos de descargo, sino que no les dieron credibilidad. Valoración que no es atacada por la censura, que escogió una ruta desacertada para referirse a un supuesto yerro, en el cual no incurrió el fallador, quedando relevada la Corte de cualquier otra consideración al respecto, en virtud del principio de limitación.

Tampoco fue omitido el estudio de la alegada buena fe con que obró el procesado, ni la anotación que dejó en la minuta de vigilancia. Los juzgadores restaron verosimilitud a su disculpa y especialmente el juez de primera instancia destaca que llevar sólo un mes patrullando las calles no es señal de inexperiencia, porque hacía ocho años laboraba como agente de Policía.

Debe agregarse que cuando el recurrente pretende una decisión radicalmente contraria a la del Tribunal, tiene que desquiciar todos las pruebas que sirven de sustento a la sentencia impugnada, porque la subsistencia de una de ellas con relevante valor demostrativo, y son varias las que deja sin cuestionar, torna inocua la finalidad perseguida.

Se observa que la exhibición de la pretendida factura no aconteció en realidad y sólo fue producto de la imaginación del procesado, que así lo expuso en la indagatoria como mecanismo defensivo. Las pruebas que desvirtúan esta disculpa y establecen su responsabilidad no fueron atacadas a cabalidad por la demandante, que se limitó a formular reproches a algunos aspectos; así, los soportes probatorios sobre los cuales fue edificada la sentencia condenatoria permanecen incólumes.

De ahí que el cargo no prospere.

La segunda inconformidad de la recurrente la hace consistir en violación directa de la ley sustancial por "aplicación indebida del artículo 196 del C. P. M. ... pues no se tuvo en cuenta ... que sí fueron cancelados los perjuicios por uno de los sindicados ésto cobija a todos los demás".

Si la libelista persigue una disminución punitiva por pago de los daños ocasionados con uno de los delitos, mal puede indicar que el sentenciador aplicó indebidamente el precepto que consagra la atenuante. Pero aunque se obviare dicha incongruencia, el cargo no es desarrollado y queda reducido a su mera presentación. Además, la recurrente no expone las razones por las cuales los $183.000 consignados constituyan indemnización total, cuando los bienes sobre los que recayó la acción delictiva fueron avaluados en $699.500.

A pesar de ser en realidad un resarcimiento parcial, tampoco expresa fundamento alguno para que los efectos benéficos reconocidos al procesado Parmenio Nocua Fonseca, consignante de dicha suma, sean extendidos al sindicado Julio Niño Vivas, quien tuvo la oportunidad de depositar el dinero restante para que la indemnización fuera global y no lo hizo.

Lo anterior es suficiente para concluir que el cargo no prospera.

El reproche que falta abordar es mencionado por la libelista de la siguiente manera: "Existe violación DIRECTA por aplicación indebida de los arts. 189 y 233 del C. P. M. y se dejó de aplicar el Art. 195 y 234 del C. P. M." A esto se limita la censura, o sea, simplemente es presentado el cargo, sin que haya al menos intento de desarrollarlo. En lo que la libelista titula "fundamentación", no aparece aseveración alguna que haga referencia a esa genérica afirmación, ya que su tenor está orientado a brindar los argumentos relacionados con los otros reproches.

La Corte no puede adivinar las razones por las cuales la demandante dice que tanto el peculado como el favorecimiento de la fuga son culposos y no dolosos, al contrario de lo indicado en las sentencias de primer y segundo grado, amparadas por la doble presunción de acierto y legalidad.

Esa no es la función que le ha sido asignada por la ley, ni le corresponde suplir las deficiencias o vacíos de la demanda, por impedirlo el principio de limitación, para el caso consagrado en el artículo 443 del Código Penal Militar.

De tal manera que este otro cargo tampoco está llamado a prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar Didima Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PECULADO POR EXTENSION

El bien jurídico objeto de la tutela penal no solo comprende los deberes de fidelidad, lealtad, probidad y diligencia en la custodia y administración de los bienes que a los servidores públicos se les confían por razón de sus funciones, sino también los intereses de carácter patrimonial que incumben al Estado.

Tales consideraciones son aplicables al peculado por extensión, a través del cual también se tutela el patrimonio público y subsiste el deber de lealtad y fidelidad por parte del particular encargado de la administración o custodia de bienes relacionados con el Estado, en la forma prevista en el precepto.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Proceso No. 9641

Aprobado Acta No. 112

VISTOS

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Joaquín Armando Sánchez Rincón, contra la sentencia del 18 de marzo de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó, con algunas modificaciones, la condena que le impuso el Juzgado 38 Penal del Circuito de esta ciudad, como coautor del delito de Peculado por apropiación.

HECHOS

Fueron sintetizados así por la sentencia de segunda instancia:

"Con ocasión de la visita fiscal practicada por el doctor Angel Arias Serrato, adscrito a la Contraloría General de la República, a las dependencias del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (DAAC) y del Fondo

Aeronáutico Nacional (FAN), detectaron irregularidades, además de otro contrato, el número 3905 de octubre 20/82, celebrado entre esas entidades y la firma "Sánchez Ingenieros Ltda.", representada legalmente por Joaquín Armando Sánchez Rincón. Fue así como se estableció que a pesar de la expresa cláusula contenida en dicho convenio concerniente a que el anticipo de los $47'928.024 (correspondiente al 60% del valor total del contrato, esto es, de $79'960.000) sería depositado en una cuenta especial y destinado única y exclusivamente "en gastos directos e inmediatos de la obra" de ingeniería objeto del acuerdo, con la anuencia del interventor de la Aerocivil señor Carlos Arturo Bazante Rivera, se extrajeron de allí $30.000.000 y con esta suma se abrió por parte de Sánchez Rincón un certificado de depósito a término (C.D.T.) por tres meses período que a la postre se prorrogó a seis (6) meses, de cuya operación no autorizada el precitado ingeniero obtuvo una ventaja, a título de intereses producidos en ese lapso, de $3'847.510.12, dineros que introdujo a su haber patrimonial".

SÍNTESIS PROCESAL

Con base en la denuncia formulada por el Investigador Fiscal de la Contraloría, el 21 de noviembre de 1987, el entonces Juzgado 28 de Instrucción Criminal ordenó una investigación preliminar y el 5 de marzo del año siguiente abrió la respectiva investigación penal.

El 25 de mayo de 1988, se admitió la demanda de constitución de parte civil que, mediante apoderado, presentó el Jefe de Investigaciones de la Contraloría General de la República.

Se practicó una inspección judicial en el Banco Popular y un peritaje, con los cuales se estableció que el 19 de noviembre de 1982, la firma "Sánchez Ingenieros Ltda." abrió la cuenta corriente No. 040-28094-3 con un depósito de $47.900.000. A los tres días siguientes el representante legal, Joaquín Armando Sánchez Rincón, autorizó debitar de esa cuenta $30.000.000 para constituir un Certificado de Depósito a Término, que venció el 23 de mayo de 1983, lapso en el que produjo rendimientos por $3.847.510, 12.

Después de recaudar algunos elementos de convicción, el 20 de octubre de 1988 rindió indagatoria el ingeniero Joaquín Armando Sánchez Rincón. Diligencia similar se cumplió con José Alejandro Mena Betancourt, el 16 de noviembre de ese año.

El 15 de diciembre de 1988, el juzgado instructor decidió la situación jurídica de los citados indagados, ordenando para ambos la medida de aseguramiento de caución prendaria, como sindicados del delito de peculado por extensión.

Posteriormente también fueron vinculados a la investigación, mediante indagatoria, otros sindicados, como el ingeniero Carlos Arturo Bazante

Rivera, interventor de la obra ejecutada en el aeropuerto de San Andrés; Antonio José Marulanda Rojas, Director de Instalaciones Aeronáuticas, para la época de los hechos; y Olga Lucía Rivera Gutiérrez, Jefe de la Oficina Jurídica del DAAC.

Allegadas otras pruebas, entre ellas otro peritaje en el Banco Popular (sucursal Bogotá), por auto del 2 de noviembre de 1989 se cerró la etapa instructiva.

El 12 de enero de 1990, el mismo Juzgado 28 de Instrucción Criminal calificó el mérito sumarial profiriendo, entre otras determinaciones, resolución acusatoria contra Joaquín Armando Sánchez Rincón, por peculado por extensión, en la modalidad de apropiación (arts. 133 y 138 C.P.) y sustituyó la caución prendaria por detención preventiva.

Apelado tal proveído por la defensa, el Tribunal Superior de Bogotá mantuvo la acusación contra el ingeniero Sánchez Rincón y modificó algunas de las decisiones que el *a quo* había adoptado respecto de los restantes procesados. Para los efectos de este recurso, sólo conviene anotar que revocó la cesación de procedimiento, por prescripción, dictada en favor del ingeniero Carlos Arturo Bazante Rivera y, en su lugar, emitió resolución acusatoria por el delito de peculado por apropiación, el 8 de febrero de 1991.

La etapa de juzgamiento le correspondió al Juzgado 38 Penal del Circuito de Bogotá que, después de celebrada la correspondiente audiencia pública, dictó sentencia, el 17 de noviembre de 1993, en la que condenó a Sánchez Rincón y Bazante Rivera a las penas principales de 24 meses de prisión, multa de veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y a la accesoria de prohibición del ejercicio de la profesión de ingenieros por un año.

A los acusados se les concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El 18 de marzo de 1994, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá desató la apelación interpuesta tanto por los defensores como por la parte civil, confirmando el fallo condenatorio con apoyo en los mismos criterios expuestos en la sentencia revisada. Sin embargo, revocó la pena accesoria que se había impuesto, en el sentido de prohibirles el ejercicio de la profesión por un año.

La Demanda

El impugnante ataca el fallo de segundo grado al amparo de la causal consagrada en el inciso segundo del numeral 1o. del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por la violación indirecta de la ley, por "errores en el estudio de la prueba".

Aborda la demostración de la censura, enfocándola hacia la atipicidad de la conducta de su representado, sin desconocer que recibió el anticipo del contrato, abrió una cuenta especial y trasladó una parte a otra entidad para constituir un CDT que produjo intereses.

Asegura que los jueces dejaron de lado las únicas exigencias que imponía el contrato, esto es, la apertura de la cuenta, el visto bueno del interventor y la constitución de una póliza para garantizar el manejo del dinero.

Acota que la prueba documental "NO prohibe la consecución de intereses y, menos, nada dice sobre a quién pertenecerían tales intereses ni qué debería hacerse con ellos". Tampoco el Decreto 150 de 1976, vigente en esa época, reglamentaba nitidamente lo relacionado con el anticipo y no prohibía su colocación bancaria.

La afirmación de la justicia de que no era posible constituir el CDT se basó en la indagatoria y un concepto de la doctora Rivera, en la intervención del doctor Moncaleano y en otros testimonios. Además, se infirió del contenido de las cláusulas del contrato. No obstante, legal y contractualmente esa conducta no estaba proscrita, y unos testimonios no pueden contrariar la prueba legal y documental.

De lo anterior, el recurrente deduce que el juez violó flagrantemente los artículos 29 de la C.N., 3o., 133 y 138 del C.P. al "desechar pruebas de tanta envergadura y dar un alcance inusitado a los testigos". En consecuencia, el juez dedujo una conducta típica sin que haya ley que la describa o prohiba, habiendo deducido la tipicidad a través de la analogía o la interpretación extensiva, que son formas hermenéuticas prohibidas por el artículo 7 del Código Penal.

El actor concreta "el error en el análisis de la prueba" en haber dejado de lado "-o ampliar contra reo- pruebas prístinas como la ley administrativa y el contrato", y en haber dado certeza a dos declaraciones que son contrarias a ellos. En su opinión, tal equivocación condujo a los jueces a la aplicación indebida de las normas sustanciales que consagran el principio de legalidad de los delitos, las penas y las medidas de seguridad (art. 29 C.N. y 1o. del C.P.), el principio de tipicidad (art. 3o. C.P.) y las que describen el peculado por apropiación y por extensión (arts. 133 y 136 C.P.).

Prosigue diciendo que "el error de los señores jueces es perceptible como dieron a la ley (el Decreto 150 de 1976) y al contrato, un alcance probatorio que no tienen, y que demuestran que no había prohibición, incurrieron en un error de hecho por tergiversación o distorsión parcial". De no existir ese equívoco habrían concluido en la ausencia de delito por atipicidad objetiva que imponía la absolución.

Enseguida, pasa al tema de la obtención de provecho para el autor o un tercero, como elemento del Peculado, referido a los intereses que recibió el contratista. A este respecto, advierte que la justicia tomó el dictamen pericial practicado para deducir que a aquellos se les dió un uso particular, privado, pero resalta que esa prueba no dice si los movimientos hechos por el ingeniero Sánchez tenían que ver o no con la obra del aeropuerto de San Andrés. Esto, dice el censor, revela que el juzgador se imaginó que no estaban relacionados con el contrato.

Así mismo, sostiene que los falladores no tomaron en cuenta que los cheques recibidos tenían las firmas tanto del ingeniero Sánchez como del interventor, lo que permite afirmar que sí tenían que ver con la obra. Aquí el recurrente acusa a los sentenciadores de cometer "error de hecho pues suponen o presumen que la documentación conduce a sus conclusiones", pues el dictamen y los documentos "no dicen lo que dicen los señores jueces".

"Si no hubieran procedido así, habrían concluido en la ausencia de provecho y, por ende, en la absolución por atipicidad".

Continua el discurso aseverando que la justicia no tuvo en cuenta, en toda su magnitud, las explicaciones que dio el procesado en su ampliación de indagatoria, sobre todas las gestiones que debió adelantar para culminar la obra de urgencia. La ignorancia de la injurada y de las iniciales intervenciones del implicado, significan error de hecho que unido al anterior llevaron a la justicia a concluir que sí hubo provecho. Si la prueba no hubiera sido omitida se habría deducido que "no hubo provecho y, por tanto, en razón de la atipicidad, el doctor Sánchez no ha incurrido en hecho punible".

Los jueces imaginaron una relación de causalidad entre los dineros de la cuenta y el uso estrictamente individual.

En un tercer acápite, el casacionista intenta demostrar que la conducta de su defendido no vulneró bien jurídico alguno. En primer lugar, porque si se estima que consiste en la lealtad o fidelidad debidas por los funcionarios a la administración, "queda por fuera de tal concepción del bien jurídico todo comportamiento realizado por los particulares".

En segundo término, si se toma en sentido material, es decir, como "tesoro o patrimonio estatal" y aceptamos que el doctor Sánchez se apropió de bienes del Estado, se requeriría para la existencia de la antijuridicidad un daño patrimonial.

Tal perjuicio, arguye, lo dedujeron las sentencias de que al colocar el procesado el dinero del Estado en una entidad bancaria creó un riesgo de mengua en el patrimonio, pues podría presentarse una eventual crisis financiera del banco. Además, porque se vio traicionada la confianza en ellos depositada, al ejercer sus obligaciones contractuales de manera des-

viada, causando detrimento al Fondo Aeronáutico Nacional y a la sociedad sanandresana al no poderse terminar la obra en las condiciones pactadas.

Sobre el primer aspecto replica el censor que "es el riesgo improbable que corren todos los ciudadanos cuando abren una cuenta, el que corre el Estado cuando le ordena al contratista abrir una cuenta especial, el que corre el contratista cuando abre la cuenta. Es decir, es un riesgo bastante improbable solo comparable con los inconstitucionales tipos de peligro presunto o abstracto".

De esta manera, para el libelista, el Tribunal inventó la prueba del riesgo y se imaginó lo que no existe en el expediente, incurriendo en un error de hecho por suposición o presunción de prueba.

En cuanto al punto de la no terminación de la obra en las condiciones pactadas, asegura que aquí el juzgador también supuso la prueba porque la obra de San Andrés fue correctamente terminada, como lo revela el expediente con el Acta de Liquidación, las actas de entrega, sin observaciones sobre perjuicios, la nota del interventor, sin reproche alguno, y la declaración del interventor, doctor Mena Betancourt.

En consecuencia, acota, el fallador no observó la prueba que demuestra que no se produjo ningún perjuicio y por ello incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia, que de no haberlo cometido habría llevado al juez a concluir en la "atipicidad por falta de lesión del elemento del tipo conocido como objeto o bien jurídico".

Resalta que la justicia esgrimió contra Sánchez prueba básicamente testimonial, de índole secundaria, que no tiene fuerza suficiente para condenar, "pues sobre la ausencia de descripción típica no pueden ser colocadas inferencias tomadas de prueba testimonial".

En su sentir, los errores señalados condujeron a los jueces a la violación de las disposiciones sustanciales contenidas en los artículos 29 de la Constitución, 1°, 3°, 133 y 138 del Código Penal.

Termina pidiendo a la Sala que case la sentencia recurrida y la reemplace por la que declare la inocencia de su mandante.

ALEGATO DE LA PARTE CIVIL

El apoderado suplente de la representante judicial de la Contraloría General de la República toma el argumento del demandante sobre la inexistencia de prueba documental que prohíba la consecución o pertenencia de intereses, para contestar que por simple lógica los rendimientos le pertenecen al dueño del capital que en este caso es el Estado y que es elemental que no se consagrara una regulación de esa naturaleza, por cuanto, dada la índole del anticipo y de acuerdo con lo pactado, debía invertirse en gastos directos e inmediatos de la obra y no en otras actividades.

El memorialista cita el concepto rendido por la doctora Olga Lucía Riveros Gutiérrez, la cláusula 3a. del contrato, el Manual de Interventoría del DAAC, capítulo 5o. numeral 5.1, el artículo 55 del Decreto 150 de 1976, para expresar, al contrario de lo argumentado por el demandante, que sí existían normas que regulaban la materia.

Por otra parte, estima imprecisa la demostración de los errores atribuídos al fallo, en cuanto el impugnante acogió todas las variantes de la violación indirecta de la ley.

Le atribuye al censor el equívoco de confundir las causales invocadas y de interpretar erróneamente el concepto de tipicidad, dado que el legislador no puede elaborar un tipo para cada hecho, y aclara que en este caso la apropiación es la conducta que infringe la norma, mas no el medio empleado.

Critica al atacante porque alega que la ley administrativa y el contrato fueron dejados de lado como pruebas y cita la cláusula tercera del contrato sobre las condiciones del anticipo. De allí extrae que para el libelista es prueba lo que favorece, pero a lo que desfavorece no le da esa entidad.

Estima que los términos del contrato son tan claros que no admiten interpretaciones y, al efecto, menciona las citas que constan en la sentencia impugnada, para concluir que la conducta de Joaquín Armando Sánchez sí es típica.

En cuanto al aspecto de la antijuridicidad de la conducta, este sujeto procesal advierte que la terminación de la obra no desnaturaliza ese elemento del hecho punible, porque el bien jurídico de la administración se fue puesto en peligro.

Refiriéndose a las declaraciones que el actor citó como contrarias a la ley y al convenio, el memorialista resalta que no se indicó cuáles fueron esos testimonios, ni se establecieron los errores recaídos en ellos ni se sustentó el verdadero juicio que les cabía.

Le censura al recurrente que dirija cargos contra los dictámenes periciales que demostraron el manejo irregular de los dineros del Estado, sin enunciarlos ni especificar a cuál de ellos alude.

También rebate el aserto del casacionista, conforme al cual, el procesado no vulneró ningún bien jurídicamente tutelado, mencionando que la obra se entregó tres meses después de que el contratista canceló el CDT, ocasionando una demora que subió los precios y costos, lo que condujo a que se celebrara un contrato adicional reajustando los precios.

Finaliza su intervención manifestando que no se case la sentencia impugnada porque la demanda no cumple los requisitos de orden técnico,

no se demostro la existencia de la causal invocada, los cargos postulados no son acordes con la realidad procesal y el fallo proferido se ajusta al derecho, a la verdad histórica y a la verdad procesal.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Conceptúa que no obstante la ausencia de precisión de la demanda, entiende que el actor propone errores de hecho por falsos juicios de identidad y de existencia.

A continuación, recuerda los deberes a cargo del demandante en este recurso extraordinario, como los de individualizar los medios de convicción que ataca; demostrar la desfiguración de la connotación fáctica de una prueba; comprobar que a pesar de estar en el proceso, no fue analizada por el juez; o que no habiendo sido allegada, fue imaginada o supuesta. Además, resalta la importancia que reviste establecer la trascendencia del error.

De todos modos, estos deberes no fueron cumplidos por el censor. Así encuentra una confusión técnica en el hecho de que califique el Decreto 150 de 1976 como "prueba pristina", en tanto que simultáneamente denuncia su omisión y su tergiversación, cuando tal ataque procedería por la causal primera, por la vía directa, demostrando la falta de aplicación del precepto. A ello agrega que los argumentos sobre falso juicio de existencia y falso juicio de identidad son excluyentes.

Por otra parte, el Delegado califica de postura improcedente la mezcla de consideraciones propias del error de derecho por falso juicio de convicción, basadas en el alcance probatorio o la secundariedad de la prueba, las cuales significan que el recurrente discrepa de la valoración y credibilidad de los medios de convicción, desconociendo que en nuestro sistema procesal las pruebas no están sometidas a la tarifa legal, sino que el juez está facultado para apreciarlas atendiendo a los dictados de la sana crítica.

No obstante lo anterior, el representante del Ministerio Público se adentra en las argumentaciones que esboza el demandante para señalar que la razón no está de su lado. Así, al argumento de que el Decreto 150 de 1976 no fue exhaustivamente analizado, responde citando el aparte en el que el Tribunal menciona la obligación que ese reglamento impone a un contratista que recibe un anticipo de constituir una garantía. De ello, el Delegado deduce que el precepto sí fue interpretado, pero en un sentido diverso al pretendido por el casacionista.

Luego, rememora la conducta del implicado y la encuentra ajustada a la descripción de los artículos 133 y 138 del estatuto penal, recalcando que, de conformidad con las cláusulas contractuales, el anticipo debía manejarse en una cuenta especial y su inversión estaba supeditada a gastos directos e inmediatos de la obra.

Así mismo, retoma las disposiciones del Decreto 150 de 1976 (art.55) y de la Resolución No. 08660 del 2 de marzo de 1981, emanada de la Contraloría General de la República, para colegir que el anticipo es un bien de la Nación, porque de no ser así, no existirían las restricciones sobre su manejo en cuenta especial, la vigilancia de un interventor y los reportes sobre la inversión. Por tanto, no estaba destinado a ingresar al patrimonio del ingeniero Sánchez Rincón, a través de la constitución de un Certificado de Depósito a Término, ni a producir intereses o cancelar deudas personales.

Siguiendo esa línea de pensamiento, aduce que no se puede entender que la actividad desplegada por el procesado, en cuanto quiso tener una garantía para conseguir cartas de crédito que le permitieran realizar la obra, hacía parte del desarrollo del objeto del contrato, porque precisamente dos días después de constituir el título crediticio, informó a la Oficina Jurídica de la entidad contratante que con la rentabilidad del anticipo pretendía equilibrar las alzas en los costos de las obras. Por otra parte, el conceptuante observa que aquellas cartas de crédito fueron utilizadas a lo sumo dos meses y medio después de otorgadas, por lo que no había razón para mantener el dinero del anticipo en el CDT durante seis meses.

En cuanto a la afirmación del demandante de que el Tribunal supuso la prueba de que las notas débito que figuran en la cuenta especial abierta para el anticipo no correspondían a la ejecución de la obra porque si así hubiera sido no tendrían el visto bueno del interventor, el Delegado comenta que las conclusiones de los falladores se basaron no sólo en los experticios contables, sino también en otras pruebas, como la inspección judicial realizada en la Oficina Principal del Banco Popular. Y en todo caso, concluye que a pesar de la firma del interventor no encuentra justificación para la apropiación de dineros provenientes del anticipo, en cuanto sirvieron para cancelar sobregiros y embargos de la empresa contratista. De ahí que, en su criterio, el provecho quedó claramente establecido.

En lo tocante con el error de hecho por falso juicio de existencia que el actor predica respecto de la indagatoria rendida por Sánchez Rincón, el Ministerio Público lo desecha bajo la consideración de que la injurada sí fue estimada por los juzgadores, solo que en forma diversa a la presentada por el demandante.

En esos términos, el Delegado infiere que el indebido manejo del anticipo entregado en custodia y administración a Sánchez Rincón tipificó el delito de peculado por extensión en la modalidad de apropiación.

Para contestar la censura atinente a que no vulneró bien jurídico alguno, el Delegado recuerda que "en el peculado se busca tutelar no sólo los deberes de fidelidad, probidad y diligencia, en la custodia y administración de los bienes que se le confían y a que están obligados los funcionarios en razón de esa calidad, sino además, los intereses de carácter patrimonial

que así mismo incumben al Estado" y que las consecuencias punitivas de tales procederes fueron extendidas por el legislador a los particulares a quienes se confía el manejo de dineros públicos.

Admite como poco afortunada la expresión del *ad quem* sobre la vulneración del bien jurídico protegido, en cuanto la concretó al riesgo financiero del anticipo y a la mengua de los intereses de la sociedad sanandresana por la ejecución de la obra, pero recaba que de esos anticipos $3.999.574.00 fueron empleados para cancelar embargos de cuentas personales y que a la Acronáutica Civil se le privó de la suma de $3.847.510, 12 que fueron las utilidades producidas por la inversión en el C.D.T.

Por todo lo anterior, la Delegada considera que se impone desechar la censura y no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Un sólo cargo se postula al amparo del cuerpo segundo de la causal primera del artículo 220 del C. de P.P, por violación indirecta de la ley sustancial "por errores en el estudio de la prueba".

Aunque la demanda es imprecisa, del desarrollo del cargo se infiere que se aducen errores de hecho por falsos juicio de existencia y de identidad, pero desviándose hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, como cuando critica la credibilidad otorgada a pruebas no sometidas al método de la tarifa legal, como la testimonial.

El primer reproche lo orienta a intentar demostrar que no hubo peculado, pues ni el Decreto 150 de 1976 ni el contrato prohibían la colocación bancaria del anticipo para constituir un Certificado de Depósito a Término, siendo, por ende, atípico el comportamiento.

Al respecto sostiene que tanto el citado decreto como el contrato son "pruebas prístinas" que fueron dejadas de lado o ampliadas "contra reo" y que se les dio un alcance probatorio que no tienen, por lo que se incurrió en "error de hecho por tergiversación o distorsión parcial" y que, a cambio, se dio alcance de certeza a dos declaraciones contrarias a la ley, como la indagatoria de la doctora Rivera y un concepto suyo y la intervención del doctor Moncaleano.

Como salta a la vista, el libelista incurre en protuberantes yerros técnicos que hacen inabordable la censura, como son:

Tergiversar el sentido o alcance de la ley, es decir, interpretarla erróneamente es un desacierto incompatible con la violación indirecta, como lo postula el censor, pues si lo pretendido era demostrar que por interpretación equivocada del precepto éste se inaplicó, ha debido invocarse su falta de aplicación; y si se consideraba que la norma sí fue aplicada al caso concreto, pero se le dio un alcance o sentido que no tiene, se ha debido aducir violación directa por interpretación errónea.

El recurrente incurre en protuberante contradicción, pues de una parte asevera que las pruebas, esto es, la ley y el contrato, fueron omitidas, dejadas de lado, no apreciadas, postulando un falso juicio de existencia por omisión; y de otra, que esos elementos de convicción sí fueron considerados, pero que fueron distorsionados, al darles un alcance que no tienen, acusando un falso juicio de identidad por tergiversación. Entonces cabe preguntar si el fallador ignoró la ley y el contrato o si los evaluó, pero falseó su contenido.

En tercer lugar, y en lo atinente a las versiones de la doctora Rivera y del doctor Moncaleano, no señala el desacierto en que los juzgadores incurrieron con respecto a ellas, ni su naturaleza, ni su trascendencia, quedándose el cuestionamiento en un simple enunciado, sin ningún desarrollo.

Las anteriores razones, son suficientes para dar al traste con la censura.

También sostiene el demandante que la atipicidad de la conducta emana de la ausencia de provecho para el autor o un tercero, referido a los intereses que recibió el contratista.

Sobre este aspecto plantea, en forma confusa y contradictoria, error de hecho por falso juicio de existencia, por suposición de la prueba que identifica con el de hecho por falso juicio de identidad, al aseverar que "los señores jueces incurren en error de hecho pues suponen o presumen que la documentación (prueba pericial y anexos) conduce inexorablemente a sus conclusiones. Allí está el dictamen y allí están los documentos (cheques). Pero no dicen lo que dicen los señores jueces. La conclusión de ese medio probatorio es imaginada, inferida ilógicamente".

Al respecto arguye que los jueces imaginaron que los intereses obtenidos con el C.D.T. no fueron invertidos en la obra contratada, ya que el dictamen pericial del que participon no dice si los movimientos hechos por el Ingeniero Sánchez tenían que ver o no con la misma.

En lo atinente a este reproche se considera que no sólo está mal formulado, pues no se estaría en presencia de un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición de la prueba, sino de uno de la misma modalidad pero por tergiversación del medio de convicción, al hacerle decir más de lo que su texto reza, sino que carece totalmente de desarrollo demostrativo, habiéndose quedado en el simple enunciado.

Prosiguiendo en su intento de demostrar que los rendimientos del C. D.T. sí fueron invertidos en la obra contratada y que, por lo mismo, no hubo provecho y la conducta es atípica, el libelista dice que los jueces omitieron el hecho de que los cheques emitidos tenían la firma del interventor, de donde deduce que los gastos efectuados con ellos sí tenían que ver con ella.

Esta censura, como antes se vio, no sólo la aduce, al mismo tiempo y de manera contradictoria, por falso juicio de existencia por suposición de la prueba y por falso juicio de existencia por distorsión, sino que lo que en definitiva plantea es un error de la misma naturaleza pero por omisión, al aseverar que los falladores no tomaron en cuenta los citados títulos valores.

Además de que la censura está antitécnicamente planteada, tampoco le asiste razón al recurrente, pues las firmas conjuntas del contratista y del interventor en los cheques, lo único que demuestran es el consenso de los dos para sacar el dinero de la cuenta especial creada para el anticipo, pero en forma alguna acreditan la destinación de las sumas giradas.

Para insistir en que no hubo provecho ilícito, el casacionista atribuye a los falladores un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, en cuanto ignoraron la indagatoria del procesado y su ampliación en el aspecto de las explicaciones que brindó sobre las diligencias adelantadas para cumplir la obra contratada con el carácter de vigencia.

Al respeto la Sala observa que la injurada sí fue valorada, pero en forma diversa a la estimada por los juzgadores, rechazando las exculpaciones dadas, lo que no estructura ningún yerro.

Finalmente, el actor pretende que la conducta es atípica, por no haberse vulnerado bien jurídico alguno.

Al efecto, desdobla el bien jurídico entre ideal o formal, consistente en la lealtad o fidelidad debidas por los funcionarios del Estado a la administración, y material, que es el patrimonio o tesoro de aquél.

Dice que tomado en el primer sentido, no puede ser lesionado por un particular, por lo que el comportamiento del ingeniero Sánchez sería atípico, por falta del elemento del tipo conocido como objeto o bien jurídico.

Si se toma en sentido material, es decir, si Sánchez hubiera actuado contra la administración como titular del derecho de propiedad, se requeriría un daño patrimonial que, según el casacionista, no se dio, pues el Tribunal lo hizo consistir en el riesgo de mengua patrimonial y en el detrimento al Fondo Aeronáutico Nacional y a la sociedad sanandresana, al no poder terminar la obra en las condiciones pactadas, aspectos con relación a los cuales el demandante afirma que el Tribunal inventó o imaginó la prueba del riesgo y del detrimento, pues lo que aquella dice es que la obra fue correctamente concluida, con lo que incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia.

Al faltar el daño la conducta es atípica por no haber lesionado bien jurídico alguno.

Al respecto la Sala precisa, compartiendo el criterio del Procurador Delegado, que el bien jurídico objeto de la tutela penal no solo comprende

los deberes de fidelidad, lealtad, probidad y diligencia en la custodia y administración de los bienes que a los servidores públicos se les confían por razón de sus funciones, sino también los intereses de carácter patrimonial que incumben al Estado.

Tales consideraciones son aplicables al peculado por extensión, a través del cual también se tutela el patrimonio público y subsiste el deber de lealtad y fidelidad por parte del particular encargado de la administración o custodia de bienes relacionados con el Estado, en la forma prevista en el precepto.

Ese bien jurídico fue vulnerado cuando el procesado se apropió indebidamente de parte de un anticipo que pertenecía a la entidad pública contratante, para saldar sobregiros y cancelar embargos de cuentas personales y cuando se apoderó de los rendimientos producidos por el C. D. T., como lo afirmó el Ministerio Público: "De consiguiente, es claro que el sentenciado vulneró el bien jurídico tutelado: faltó a los deberes de probidad, diligencia y fidelidad en la administración del anticipo, apropiándose en detrimento patrimonial de la entidad, de esas sumas de dinero, independiente de si se presenta o no el riesgo financiero, o la vulneración de los intereses de la comunidad con la ejecución de la obra".

Finalmente, al aseverar el impugnante que la justicia esgrimió contra el ingeniero Sánchez prueba básicamente testimonial, de índole secundaria, que no tiene fuerza suficiente para condenar, está aceptando que el libelo se reduce a enfrentar su criterio personal al del sentenciador, sobre el mérito otorgado a medios de convicción no sometidos en cuanto su valoración al método de la tarifa legal sino de la sana crítica, discrepancia que carece de entidad para estructurar un error sobre el cual se pueda edificar un cargo en casación.

Vistas así las cosas, no prosperan los cargos formulados contra la sentencia impugnada y por ello, acogiendo las peticiones del Ministerio Público y de la parte civil, no se quebrará el fallo proferido en este asunto.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal y administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RESOLUCION DE ACUSACION/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA/ PRUEBA TRASLADADA

1. La resolución de acusación, en el sistema procesal, es pieza fundamental de la actuación. La Ley, por esa razón, no solamente regula sus presupuestos procesales (art. 438 C.P.P.) sino sus requisitos sustanciales (art. 441 id.) y su estructura formal (art. 442 idem.). Ella tiene por objeto garantizar en el proceso su unidad jurídica y conceptual así como delimitar el ámbito en que van a desenvolverse el juicio y la sentencia y, por eso mismo, marca las pautas del contradictorio.

2. Establece el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal:

"Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en éste Código".

(...)

Del contenido de la norma se desprende, que es posible trasladar las pruebas que han sido practicadas válidamente dentro de una actuación disciplinaria, esto es, que no hayan sido desconocidas o anuladas allí por ilegales, siendo importante determinar, además, que en su aducción y contradicción se hayan tenido en cuenta todas las ritualidades y formalidades previstas por la ley, que se haya garantizado su publicidad, que no sean prohibidas y, para efectos de su traslado, que haya una providencia que así lo ordene, es decir, que se erigen en una clara voluntad del funcionario judicial en cuanto a incorporarlas o admitirlas en el proceso penal.

En materia penal la prueba trasladada está regulada expresamente por el Estatuto Procesal Penal, por lo tanto no hay lugar a acudir, para efectos de su validez, a la normatividad civil, ni mucho menos adicionarle requisitos que la ley procesal penal no ha impuesto.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santafé de Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Proceso No. 10827

Aprobado Acta No. 112

VISTOS

Resuelve la Corte, el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el 23 de noviembre de 1994, mediante la cual modificó la emitida por el Juzgado 43 Penal del Circuito de esta ciudad y resolvió condenar A Hildebrando Puentes Morales, José Omer Torres y Mauricio González Náder a la pena de treinta y ocho (38) meses de prisión, como coautores del delito de concusión en concurso homogéneo y sucesivo, a la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual y al pago solidario de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aquellos tuvieron ocurrencia el 17 de septiembre de 1992, entre las 8:00 p.m. y las 3:00 a.m, cuando el Alcalde Local del Barrio Kennedy Dr. Hildebrando Puentes Morales visitó varios establecimientos comerciales en compañía del mayor de la Policía Nacional Jairo Valencia Jiménez, del Edil de la localidad No 12 de Kennedy Mauricio González Náder, de un empleado de dicha Alcaldía, de nombre Alirio Gómez Camacho, del visitador de la zona José Omer Torres y de varios agentes de la policía, con el fin de determinar si tenían la respectiva licencia de funcionamiento. Como resultado, varios de los establecimientos fueron sellados, unos, por carecer de dicha licencia, otros por ser utilizados para una actividad no autorizada.

Se tuvo conocimiento, además, de que propietarios y/o administradores afectados con la medida fueron citados al día siguiente a la Alcaldía y allí constreñidos a pagar una determinada suma de dinero para levantar los sellos impuestos. En varios casos, luego de efectuado el pago, unos fueron autorizados para que ellos mismos rompieran los sellos; otras veces, fueron los mismos funcionarios de la Alcaldía los que procedieron a retirarlos, a fin de que los establecimientos continuaran funcionando.

El 25 de noviembre de 1992, se ordenó la apertura de investigación penal con fundamento en las copias enviadas por la Personería Distrital de Santafé de Bogotá, tomadas del proceso disciplinario adelantado contra el Alcalde Zonal de Kennedy y funcionarios de la misma Alcaldía.

Como consecuencia, se dispuso vincular mediante indagatoria a Hildebrando Puentes Morales, José Omer Torres y Mauricio González Náder, así como adelantar una serie de diligencias, entre ellas, "anexar y tener

como medios de prueba, la documentación contentiva en el expediente disciplinario adelantado contra los anteriores, los que serán objeto de valoración en el respectivo momento procesal"(fol. 125 cdno. No. 2).

Llegado el momento de resolverles la situación jurídica, la Fiscalía 153 de la Unidad Especializada de Delitos contra la Administración Pública dictó medida de aseguramiento de detención preventiva contra los ahora condenados en providencia del 14 de abril de 1993, como presuntos coautores del delito de concusión en concurso con el de abuso de función pública.

La decisión fue apelada por los defensores de los procesados y el 12 de mayo de 1993 la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales resolvió confirmar la medida de aseguramiento impuesta a los indagados como coautores del delito de concusión y revocar la proferida por el de abuso de función pública, tras considerar que éste quedaba subsumido en aquél. (fl 87 cdno. Fiscalía).

La investigación se declaró cerrada el 8 de abril de 1993; el 12 de agosto siguiente se calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria en contra de los imputados como presuntos autores del delito de concusión. (fls 109 y ss cdno. No. 6).

La etapa de la causa le correspondió adelantarla al Juzgado 43 Penal del Circuito, despacho que avocó su conocimiento el 30 de agosto de 1993, dispuso correr el traslado de que trata el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, y celebró la correspondiente audiencia pública. El 20 de septiembre de 1994 dictó el fallo de primer grado, en el cual condenó a Hildebrando Morales Puentes y José Omer Torres a la pena principal de dos (2) años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual, y al pago solidario de los daños y perjuicios ocasionados con la infracción, en cuantía de $500.000.00 pesos, señalando que los terceros afectados fueron Vitelvina Ojeda ($100.000.00), Alfredo Flores Botello ($80.000.00) y Filiberto Mogollón ($40.000.00) y que en las sumas impuestas quedaban incluidos intereses a la fecha. Así mismo les concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional. El procesado Mauricio González Náder fue absuelto.

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, al resolver el recurso de apelación interpuesto por los defensores de los procesados y por el Fiscal acusador contra la citada decisión, resolvió modificarla mediante providencia del 23 de noviembre de 1994, con los resultados al inicio reseñados y adicionándola además en el sentido de "incluir" a la cuantía de los perjuicios la suma de $250.000.00 pesos en favor de Miguel Antonio Rico García. Contra dicho fallo se interpuso el recurso de casación que se procede a desatar.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

Antes de hacer referencia a los cargos contenidos en cada uno de los *libelos*, es necesario aclarar que si bien es cierto algunos de los reproches formulados por los aquí recurrentes contienen similar fundamentación y objetivos, como lo resaltó la Delegada, estima la Sala que ello no ocurre respecto de la censura presentada por los demandantes al amparo de la causal segunda de casación. Por lo tanto, discrepando de la metodología adoptada por el Ministerio Público, se hará de cada una de ellas una referencia aparte.

Causal Segunda de Casación.

1. A nombre del procesado Mauricio González Náder

Estimó el libelista, que conforme al contenido y extensión literal de la Resolución Acusatoria, el cargo por el cual se le llamó a responder en juicio "es por un delito único de concusión", el cual se perfiló desde la medida de aseguramiento, en la que se planteó un concurso pero con el delito de Abuso de Función Pública. Que cuando la Fiscalía desató los recursos propuestos contra esta decisión, se estableció categóricamente, que no había concurso de ninguna naturaleza.

Explica el censor que la medida de aseguramiento, y con posterioridad la resolución acusatoria, se fundamentó "en los testimonios de Jaime Mayorga, José Orlando Rodríguez Riaño y María Flor Porras Hernández, quienes dijeron que por cuenta de Miguel Antonio Rico García dueño del establecimiento "donde Migue", pagaron un dinero al Edil el día 18 de septiembre en las cercanías de la Alcaldía de Kennedy" y "toda la instrucción estuvo centrada en ese hecho que es único".

El fundamento de la resolución de acusación, agrega, se basó en la entrega del dinero por parte de los emisarios del dueño del establecimiento "donde Migue" y no se concretó ningún otro cargo en contra de González Náder, porque nadie más se refirió a otros hechos. De haber sucedido así, se habría tenido que explicar sobre qué personas concretas se ejerció la coacción.

En lo que denomina "concreción del cargo" agrega entonces que en la sentencia de segunda instancia se condena por un concurso de hechos delictivos y se da aplicación al artículo 26 del Código Penal que consagró una punición "hasta otro tanto" y, así, con respecto al delito único, redosifica la pena y la aumenta en diez (10) meses. Además, niega el subrogado de la condena de ejecución condicional, que también significa agravación punitiva.

Solicita, en consecuencia, se modifique la sentencia deduciendo los 10 meses que se le aumentaron por el concurso y se le otorgue el beneficio de la condena de ejecución condicional.

2. A nombre del procesado José Omer Torres.

Señala el casacionista que la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá condenó a los procesados adicionando el dispositivo amplificador del concurso, cargo que no había sido contemplado en la resolución acusatoria. Que dicha providencia no es una pieza que el funcionario pueda redactar como quiera, sino que marca los límites en los cuales se puede mover el juez al elaborar la sentencia; que el funcionario, al realizar la adecuación debe referirse, expresamente, cuando existan, a los dispositivos amplificadores del tipo porque la acusación debe ser específica en la parte motiva de la respectiva providencia e indicar el artículo que se está teniendo en cuenta.

La incongruencia, agrega, se enmarca por el cargo que comprende una serie de elementos que el respectivo funcionario debe elaborar al momento de la calificación y no cuando se vaya a dictar sentencia; además la ley le pide que no se limite a señalar el tipo básico, sino a los dispositivos amplificadores, cuando ellos existan.

Según él, en este caso no se puede afirmar que la calificación sea consecuencia de una omisión del funcionario investigador o que de ella se pueda inferir el concurso, porque la adecuación que allí se hizo guarda perfecta armonía con los demás actos procesales de la fiscalía; además, en la diligencia de audiencia pública ni siquiera se hizo referencia a la existencia de un posible concurso. Ese aspecto, agrega, nunca fue materia de debate procesal y mal puede intentar sorprenderse a la defensa con cargos nuevos al momento de la sentencia.

Solicita se case parcialmente la sentencia, se dicte la de reemplazo acorde con los cargos formulados en la resolución acusatoria y se conceda a su patrocinado el beneficio de la condena de ejecución condicional.

3. A nombre de Hidelbrando Fuentes Morales.

Su defensor fundamentó el cargo en el simple hecho de que el delito de concusión fue tipificado desde el momento en que se resolvió la situación jurídica, donde se adujo un concurso con el de abuso de función pública; que al desatarse la segunda instancia, la Fiscalía Delegada indicó de manera enfática que no existía ningún concurso. Por lo tanto la etapa instructiva se centró en ese único hecho.

Que en la resolución acusatoria, se formularon cargos por un solo delito, cual fue el de concusión; ni en la parte motiva, ni en la resolutiva se dijo algo sobre un supuesto concurso.

Luego, en la sentencia de segunda instancia, se condena por un concurso de hechos y por ello se da aplicación al artículo 26 que da lugar a que se imponga pena "hasta en otro tanto" y se niega la condena de ejecución condicional.

Solicita se dé aplicación al artículo 51 del Decreto 2651 de 1991.

Causal Primera de Casación

1. Cargo formulado por los defensores de Mauricio González Náder e Hildebrando Puentes Morales al amparo de la causal primera, cuerpo segundo del artículo 220 del C de P.P., debido a un error de derecho por falso juicio de legalidad.

Inicia el defensor del procesado González Náder enunciando los apartes del fallo, relativos a la responsabilidad de su representado, de lo cual infiere que su fundamento lo constituyen los testimonios de Jaime Acosta Mayorga, José Orlando Rodríguez y María Flor Porras Hernández, que son los únicos que afirman haber hablado con el Edil el sábado 18 de septiembre y que dicen haber sido constreñidos a darle dinero.

Luego se refiere a lo indicado en la sentencia acerca de una prueba trasladada, para luego señalar que la naturaleza de ésta prueba implica el haber sido utilizada previamente en otra actuación cumplida por los funcionarios estatales, y necesariamente debe ser documental. Para su incorporación, es necesaria la existencia de una providencia que así lo ordene y que las partes interesadas tengan la posibilidad de contraprobar y oponerse a ella; de lo contrario, se deben tener como inexistentes. De acuerdo con lo normado en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, son necesarios los requisitos de contradicción y publicidad de ése tipo de pruebas.

Al respecto apunta que Mauricio Gonzalez Nader jamás fue parte en el proceso disciplinario No. 932/92 que adelantó la Personería Distrital; que en la actuación radicada con el No 015/93 de esa misma entidad declararon Jaime Acosta Mayorga, José Orlando Rodríguez y María Flor Porras Hernández los dias 9 y 12 de febrero de 1993 y que la apertura de la investigación disciplinaria contra su representado solo se produjo el 10 de marzo de 1993; que con fecha 15 de Marzo de 1993 se ordenó citarlo por primera vez para que explicara su conducta.

A juicio del libelista estos testimonios fueron recaudados de manera abiertamente ilegal, al margen de la garantía Constitucional al debido proceso disciplinario en actuación administrativa, consagrado en el artículo 29 de la C.P. de Colombia y en el Acuerdo número 10 de 1971.

De otra parte, en el proceso penal no fue posible ratificar los testimonios de Jaime Acosta Mayorga, José Orlando Rodríguez ni de María Flor Porras Hernández.

Dentro del mismo reproche hace referencia a lo que el mismo casacionista titula "VIOLACION AL ACUERDO NUMERO 10 DE 1971", normatividad que regula las investigaciones administrativas que adelanta la Personería Distrital, y señala que conforme a lo previsto en los artícu-

los 1° al 5° esa entidad no tenía competencia para investigar disciplinariamente a los Ediles del Distrito Capital; que éstos no tienen la calidad de empleados o trabajadores del Distrito Especial de Bogotá o de sus establecimientos descentralizados.

Al tenor del artículo 1° del citado acuerdo, tampoco tiene competencia la Personería para investigar a los miembros de las Juntas Administradoras Locales, que al tenor de lo normado en el acuerdo No 6. (art. 1°) de abril 30 de 1992, son Corporaciones Públicas de elección popular.

De otra parte, asegura que la prueba testimonial trasladada sigue siendo de esa naturaleza en el proceso receptor y por ello se debe conocer el testigo, contrainterrogarlo, que es en lo que se concreta el derecho de controvertirla, No se puede convertir ésta en prueba documental (documento público) por virtud del traslado en fotocopia auténtica de las actas contentivas de la misma. Para el censor, esta postura acaba con el principio de legalidad de la prueba.

Invocó el artículo 140 del C.P., como norma sustancial vulnerada de manera indirecta, por aplicación indebida, así como los artículos 26 y 66 del mismo estatuto.

Por su parte el defensor De Hildebrando Puentes Morales, señaló que las pruebas deben ser aportadas al proceso con observancia de las formalidades de la ley. Que en este caso las versiones rendidas ante la Personería Delegada por Jaime Acosta y José Orlando Rodríguez no se pueden tener como pruebas válidamente trasladadas. Explica que a su defendido Puentes Morales se le corrió pliego de cargos el día 13 de noviembre de 1992, que mediante resolución No. 133 de noviembre 10 de 1992 se solicitó la suspensión de su cargo como Alcalde Local de Kennedy y se ordenó abrir la respectiva investigación; que por resolución No. 006 de enero 6 de 1993 se solicita su destitución, y que ésta se produce el 12 de febrero siguiente, mediante Decreto 065 de esa fecha.

La declaración de Jaime Acosta rendida el 9 de febrero de 1993, es posterior al pliego de cargos y a la solicitud de destitución, lo que lleva a la conclusión de que su defendido no tuvo oportunidad de controvertirla por lo que se violó el derecho a la defensa y por ende el debido proceso. No obstante, en varias oportunidades se solicitó su declaración en el proceso penal, pero fue física y materialmente imposible hacer comparecer a dicho individuo pese a que se agotaron todos los medios. Además, en ninguna parte de su declaración se indica cuáles son las características físicas y morfológicas del presunto alcalde, por lo tanto, cualquier persona ha podido hablar con el Edil en el despacho del Alcalde sin ser Alcalde.

Señala, a renglón seguido, que los testimonios practicados por la Personería Distrital dan cuenta de la manera como fueron constreñidos "para que ante la Fiscalía ciudadana dijeran hechos que en algunos casos

no tenían ni el más remoto indicio de lo ocurrido". Recuerda que la doctrina de manera reiterada ha dicho que para que la prueba trasladada se pueda hacer valer en otro proceso, es necesario que sea practicada por autoridad competente, con las formalidades que la ley exige. Infiere que debe ser incorporada en forma oportuna, que las personas interesadas tengan la oportunidad de oponerse y contraprobarla o de lo contrario debe tenerse como inexistente. Señala que el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil tiene como requisitos los principios de publicidad y contradicción.

Se refiere al contenido de los artículos 255 y 246 del C de P.P.. Que conforme a este último, tales pruebas no han debido tenerse como válidas en el proceso penal y menos como soporte de una sentencia condenatoria, porque ello condujo a que se incurriera en un falso juicio de legalidad. Por tal razón, en la etapa del juicio, el superior jerárquico manifestó que era pertinente y necesario para su validez que se ratificaran los testimonios de Jaime Acosta Mayorga, Orlando Rodríguez y María Flor Porras.

Por lo anterior, estimó que se habían vulnerado el artículo 140 que tipifica el delito de concusión y el artículo 26 del Código Penal que contiene "factores de agravación punitiva", porque legalmente no se probó que Hildebrando Puentes Morales hubiese realizado la conducta por la cual fue investigado.

Agregó que el juzgador de segunda instancia no analizó el contenido y alcance del Código Nacional de Policía, que por ser norma de carácter especial debe prevalecer sobre las de carácter general, y que tampoco dió aplicación a la Constitución Política que en su parte pertinente establece que el Alcalde es el Jefe de la Policía en su respectivo territorio. Siendo así, su defendido Puentes Morales sí tenía competencia para llevar a cabo el operativo que dio origen a la presente investigación penal, pues el legislador lo faculta en forma directa a hacerlo, o a delegar en el Comandante de la Estación de Policía.

En conclusión, solicitan los libelistas se declare que tales pruebas, en las que se basó la sentencia condenatoria de sus procurados, no tienen validez y se revoque la condena proferida.

2. Cargo formulado a nombre de José Omer Torres, al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero.

Estimó el libelista que la sentencia de segunda instancia es violatoria de la ley sustancial, artículo 66 del Código Penal, numerales 7° y 11 por indebida aplicación.

Manifiesta, respecto de la circunstancia agravante de la pena consistente en "obrar con complicidad de otro", que en este proceso la institución de la complicidad no ha tenido cabida porque todos los procesados fueron vinculados como coautores, por lo tanto no hay lugar a asimilar ambas

figuras para hacer más gravosa la situación del procesado y pretender que la agravante señalada se haga extensiva también para quienes obran en coautoría.

Ello dió como resultado que a su representado José Omer Torres se le aumentara en dos meses la pena fijada en primera instancia.

En cuanto a la circunstancia contenida en el numeral 11 consistente en "...el poder y el cargo, por la calidad de lideres politicos de los acusados y la majestad de sus investiduras...", el Tribunal no señala cuáles son los motivos constitutivos de la misma. Si se refería a su condición de simple empleado público, es claro que esa calidad era inherente al delito de concusión, por tener un sujeto activo cualificado. Por lo tanto, pretender darle a esa situación la connotación adicional de la agravante, es aumentar doblemente la pena por esa circunstancia.

Agrega que los supuestos fácticos de aplicación de la norma aludida no se dan en el caso de José Omer Torres porque, de un lado, su cargo de visitador zonal no es de elección popular ni tiene como presupuesto acceder a él en ejercicio de un liderazgo político. De otra parte, el cumplimiento de las funciones que le correspondían estaba sometido a las instrucciones de control jerárquico de su inmediato superior, el Alcalde Zonal, por lo que tampoco se puede hablar de la majestad o poder de su investidura.

Solicita, finalmente, se case la sentencia y se dicte la que deba sustituirla sin tener en cuenta los agravantes contemplados en ella.

CONCEPTO DEL PROCURADOR TERCERO DELEGADO EN LO PENAL

En cuanto al cargo formulado al amparo de la causal segunda de casación, a nombre de los tres procesados, consideró esa representación del Ministerio Público que la posición de los libelistas no se refiere a la consonancia de que trata ese preciso motivo, sino al ejercicio del derecho de defensa que trasciende a etapas anteriores del proceso e imponen la anulación de lo actuado o en algunos casos la invalidación parcial de la sentencia.

Aclara que la causal en comento se configura cuando la resolución de acusación ha sido dictada acorde a los parámetros previstos por la ley y recoge los hechos en toda su dimensión fáctica y jurídica, en tanto que la sentencia varía la imputación e introduce una calificación jurídica extraña a la que corresponde, resultando que lo decidido no es compatible con el motivo de acusación.

Estima que no les asiste razón a los libelistas en la formulación del cargo, porque la consonancia se mantiene, siempre y cuando se conserven en el fallo el capítulo y el título del Código Penal que señalan la figura delictiva así como la situación fáctica que permite tal calificación jurídica en la resolución de acusación.

Explica que desde la parte motiva de esta pieza procesal se hizo referencia a los cargos y a la existencia de varios comerciantes como afectados por la conducta del Alcalde y los demás implicados, todo lo cual reviste la forma de concurso homogéneo y sucesivo de hechos punibles. Desde el inicio del proceso esta situación estuvo clara para los sindicados. Que fueron varios los comerciantes que declararon y los afectados con sus conductas, de manera que la defensa se encaminó a defenderse de todos los hechos en su contra y a negar su participación en el ilícito.

En cuanto al cargo presentado por los defensores de Mauricio González Náder e Hidelbrando Puentes Morales, al amparo de la causal primera de casación, comienza por aclarar la Delegada, en cuanto al proceso disciplinario que según el libelo se encuentra viciado de nulidad por falta de competencia de la Personería Distrital, que éste no puede ser objeto de examen en el proceso receptor, ni ser criterio de validez de las probanzas trasladadas, pues estas se examinan es desde su aspecto meramente formal, pero no puede el funcionario encargado de éste pronunciarse sobre asuntos respecto de los cuales no tiene competencia porque invadiría la órbita de otro funcionario Estatal y produciría decisiones ilegales.

Explica que al tenor del artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, es a partir de los principios de autonomía de la jurisdicción, la libertad probatoria y las condiciones de apreciación de los medios de prueba, que esa validez ha de examinarse exclusivamente con relación a las formalidades mismas de las pruebas trasladadas por no estar, el funcionario encargado de apreciarlas, en capacidad de pronunciarse sobre temas como la competencia de quien las evacuó, la observancia de las reglas del debido proceso en la actuación de origen, etc.

En tratándose del traslado de pruebas testimoniales, tales requisitos de validez formal hacen referencia a que hayan sido rendidas bajo la gravedad del juramento, que se hayan impuesto a los declarantes las obligaciones y derechos que tienen, que sean firmadas por los testigos y funcionarios intervinientes, que no contengan sistemas inadmisibles de interrogación, que si es un testigo menor se haya recibido sin juramento y con la asistencia de su representante legal, etc.

Como sobre estos aspectos no se hicieron acusaciones concretas ni se observan en ellos irregularidades que impidan su estimación, sugiere, por este aspecto, rechazar el cargo.

Sobre la imposibilidad de controvertir esas pruebas como argumento utilizado para tildarlas de ilegales, aclara que si ésta no se pudo realizar en el proceso de origen, para efectos penales no tiene el alcance que se pretende dar por parte de los libelistas, pues el Código de Procedimiento Penal señala unos requisitos que no están limitados por las pretensiones de las partes como lo estipula el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil y, por lo tanto, no hay necesidad de remitirse a esta norma. Por lo

tanto, en la regulación probatoria penal la falta de controversia en el proceso originario no torna ilegal la prueba trasladada.

Agregó que como lo ha dicho la Corte, el derecho de contradicción no se agota, ni contiene como único de sus elementos, la oportunidad que pueden tener los sujetos procesales de participar personalmente en la recaudación de los elementos de convicción; también por las oportunidades y la libertad que tengan para conocer su contenido, para oponerse a los hechos y situaciones que de ellas surjan y para su examen y crítica en relación con otras probanzas.

Sobre esa base asegura que en el proceso penal sí se garantizó la controversia de las pruebas testimoniales pues se conocieron ampliamente las practicadas en la investigación disciplinaria ya que mediante resolución se ordenó su traslado, y se allegaron al proceso penal cuando los sindicados habían sido escuchados en indagatoria, por lo que tuvieron oportunidad de conocer su contenido y oponerse a él.

Agrega que si bien los deponentes en la investigación administrativa no se presentaron a declarar en la actuación penal, tampoco por este aspecto las pruebas adolecen de ilegalidad, porque no está dentro de los requisitos del artículo 255 del C de P.P., la ratificación de los testimonios validamente recaudados en otra actuación judicial o administrativa.

Resalta la Delegada que ante la situación de Hildebrando Puentes Morales, a diferencia de González Náder, es amplia la prueba obrante en su contra, son distintos los testimonios de cargo y a pesar de que en un principio se trabajó con la prueba trasladada, durante el proceso se recibieron suficientes testimonios que lo inculpan y de los cuales el Tribunal dedujo su responsabilidad, así como lo hizo de la prueba indiciaria.

En cuanto al libelo presentado a nombre de José Omer Torres, el Procurador Delegado aclara que las circunstancias de agravación, a diferencia de las formas de participación en el hecho punible (entre las que se cuenta la de los cómplices), persiguen establecer los criterios que el legislador ha considerado relevantes para la individualización de la sanción al partícipe en el delito, de acuerdo con el mayor peligro que presenta para el bien jurídico y la dificultad de su protección frente a los actos delictivos. La complicidad de que trata el numeral 7° del artículo 66 del Código Penal es la relativa a quien es participante o asociado en un crimen o culpa atribuible a dos o más personas.

Respecto de la agravante relativa a la posición distinguida que el delincuente ocupe en la sociedad, estima la Procuraduría que el recurrente confunde la calidad de servidor público que al momento de los hechos ostentara José Omer Torres, con el cargo específico que desempeñaba por cuanto afirma que este no era un líder político.

Señaló cómo el Tribunal había hecho claridad de la condición de visitador zonal que tenía este procesado, las funciones que lo ponían en situación de preponderancia frente a la víctima, y la forma como hizo las exigencias de dinero valiéndose de esas condiciones.

Y aunque la calidad de servidor público acompaña a quien desempeña un cargo en la administración pública y por ello sus conductas ilícitas son más drásticamente sancionadas, no todo servidor alcanza posición distinguida en el seno de la sociedad, razón por la cual debe considerarse adicionalmente el poder que pueda derivar de sus funciones, ya que no todas las de carácter oficial lo implican.

Consideró finalmente que los incrementos de pena se ajustan a las condiciones objetivas que se encuentran demostradas en la actuación y a la recta interpretación de las norma, por lo que no se observa error alguno en cabeza del sentenciador.

Sugiere, en consecuencia, no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.-CAUSAL SEGUNDA. Cargo presentado por los defensores de Mauricio González Náder, Hildebrando Puentes Morales y José Omer Torres.

La resolución de acusación, en el sistema procesal, es pieza fundamental de la actuación. La Ley, por esa razón, no solamente regula sus presupuestos procesales (art. 438 C.P.P.) sino sus requisitos sustanciales (art.441 *id.*) y su estructura formal (art. 442 *idem.*). Ella tiene por objeto garantizar en el proceso su unidad jurídica y conceptual así como delimitar el ámbito en que van a desenvolverse el juicio y la sentencia y, por eso mismo, marca las pautas del contradictorio.

Desde la perspectiva de la unidad jurídica y conceptual, el proceso penal colombiano consagra la inconsonancia entre la acusación y la sentencia como un vicio de actividad que se puede producir en el orden fáctico o en el orden jurídico. La primera se manifiesta como la falta de correspondencia entre los hechos (en la causa petendi) y la segunda como una desarmonía en la calificación jurídica genérica (*nomen iuris*) del delito o delitos tipificados por esos hechos.

Desde la óptica del ejercicio del contradictorio, el proceso penal colombiano, dada su actual estructura y fundamentalmente la manera en que el legislador ha desarrollado el trámite del juicio, impide que la sentencia agrave la situación jurídica del condenado, bien porque incorpore nuevos hechos a la imputación o porque de alguna manera se varíen en su disfavor las calificaciones jurídicas específicas llevadas a cabo desde la acusación.

Para precisar el alcance de la causal que contempla la incongruencia entre la resolución acusatoria y la sentencia es necesario advertir, enton-

ces, que, es cierto, como se recalcó en uno de los libelos impugnatorios, que la calificación jurídica de los hechos que se efectúe en el pliego de cargos debe señalar los derroteros dentro de los cuales se va a circunscribir el juicio y a construir la sentencia. Ello significa que al proferir aquella, el instructor debe tener en cuenta el delito que se imputa sin que sea suficiente la simple enunciación del nomen iuris, (nominación genérica contenida en el respectivo capítulo o título del C.P.) sino que además debe contener la precisión de los hechos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron, las circunstancias atenuantes y agravantes modificadoras de la punibilidad y las genéricas cuya naturaleza implique juicios de valor; así mismo las formas de participación y culpabilidad imputadas.

La incongruencia entre una y otra pieza procesal se configura cuando el sentenciador, al proferir el fallo de instancia, desconoce la denominación jurídica que fue atribuida en el pliego de cargos y condena por un delito distinto del contenido en el calificatorio, incluye circunstancias de agravación no deducidas, (modificadoras o genéricas valorativas) desconoce atenuantes que allí se reconocieron, varía los hechos que constituyen la imputación mutándolos en su esencia o añadiendo conductas o cambia, para agravar, sus modalidades de participación o las formas de culpabilidad.

La calificación que se efectúa en la acusación es provisional y no rígida, lo cual significa que en la sentencia se puede variar el delito, no en cuanto al género delictivo sino respecto de su especie dadas las circunstancias que no se tuvieron en cuenta con antelación o que fueron desvirtuadas con posterioridad y que, muchas veces, llevan a proferir una decisión definitiva distinta a la provisional pronunciada. Por lo tanto, el juzgador puede realizar los ajustes que considere necesarios, siempre y cuando no contraríe el capítulo señalado en la resolución acusatoria, ni el marco fáctico esencial fijado en ella, ni agrave la posición del acusado.

Frente a estos parámetros, no resulta acertada la afirmación de los casacionistas en el sentido de que la sentencia de segunda instancia, objeto de censura, no está en consonancia con la resolución acusatoria porque en ésta se haya imputado un solo delito de concusión y en cambio, en aquella, se hubiere condenado por un concurso homogéneo de hechos delictivos.

Es evidente que la resolución acusatoria aclaró, frente al ilícito de abuso de función pública, que el concurso que se descartaba era con relación a este delito. Además, precisó que la evaluación de la prueba "versaría respecto a los cargos que existen sobre la exigencias de dinero que se ha dicho hicieron los funcionarios de la Alcaldía menor de Kennedy a algunos comerciantes de la zona, Conducta que sin lugar a dudas" constituía el punible de concusión" (fol.6). La misma providencia contiene el señala-

miento expreso de que los aquí procesados Mauricio González Náder, Hidelbrando Puentes Morales y José Omer Torres, abusando de sus cargos, constriñeron a varias personas para que les dieran dineros indebidos con miras a que sus establecimientos comerciales no fueran cerrados, como fue el caso de Jaime Acosta Mayorga, Vitelvina Ojeda de Díaz y Alfredo Flórez Botello. Deviene lógico entonces, que si se trataba de exigencias de dinero a dueños y administradores de distintos establecimientos comerciales, no podría pensarse en una sola conducta punible, como lo mencionan los libelistas y parece haberlo entendido la Fiscalía.

Ahora bien, el Tribunal, al revisar la sentencia de primera instancia advirtió la existencia de diversos yerros, entre otros, que el respectivo funcionario no se hubiese percatado de la existencia de un concurso homogéneo y sucesivo de concusión. Por tanto, como había adquirido competencia para modificarla, en virtud de que no se estaba frente a la figura de apelante único, procedió a realizar las correcciones que consideró pertinentes. Tal situación no puede constituirse en motivo de reproche, por cuanto en su condición de fallador de segundo grado, era su obligación constitucional y legal adecuar la decisión a los parámetros jurídicos pertinentes, siempre que lo hiciera dentro del marco fáctico normativo fijado en la acusación.

Frente a la situación puesta de presente, no tiene relevancia el argumento de los casacionistas cuando afirman que la figura del concurso se descartó desde la segunda instancia de la medida de aseguramiento para deducir de allí que solamente se podía condenar por un delito de concusión. El Tribunal se propuso resaltar precisamente lo contrario cuando se pronunció así:

"No puede aducirse para excusar este error que sólo se formuló resolución de acusación por el delito de concusión sin que se hubiese hecho referencia al citado concurso, porque de los acápites correspondientes se observa que sin lugar a equívocos se hace referencia al concurso, así - folio 109, cdno. No.6:

'HECHOS

'...Igualmente se dice que al día siguiente algunos propietarios de negocios afectados por las medidas de la Alcaldía, concurrieron a ésta en donde funcionarios de la misma exigieron varias sumas de dinero para reabrir los negocios'

"En el acápite siguiente de la resolución de acusación se dijo:

'Los Ediles de la zona 8ª de la localidad de Kennedy, Alix María Salazar, María Cristina Bolívar Barinas, Alfredo Rodríguez Artas y Gloria Stella Vargas Forero, pusieron en conocimiento de las autoridades las quejas recibidas de varios comerciantes, dando cuenta que se argumentaba que el operativo llevado a cabo en la noche del 17 de septiembre, había estado encabezado por el Alcalde menor Puentes Morales, y el Edil González Náder, y se comentaba

que al día siguiente se les había hecho sendas exigencias de dinero para reabrirles sus negocios nocturnos'.

Así mismo en dicha providencia en el acápite transcrito el fiscal acusador hizo relación de las siguientes personas que entregaron dinero en la alcaldía local de Kennedy - folio 110, *ibidem*, - Alfredo Flórez Botello, fue constreñido a entregar la suma de ochenta mil pesos, Filiberto Mogollón López, cuarenta mil pesos, Jaime Acosta Mayorga, doscientos cincuenta mil pesos y Vitelvina Ojeda de Díaz, cien mil pesos.

Al folio 114, *ibidem*, en esa misma resolución se dijo:

'...y que además, abusando de sus cargos o funciones constriñeron a varias personas para que les dieran dineros indebidos, con el objeto de que no se les mantuvieran sus establecimientos cerrados'.

Y en la parte resolutiva consignó:

PROFERIR en contra de Hidelbrando Puentes Morales, Mauricio González Náder y José Omer Torres, Resolución de Acusación como presuntos autores del delito contra la Administración Pública que da cuenta esta providencia, PARA ANTE EL JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO de esta capital -, <u>concluido en circunstancias de tiempo, modo y lugar de que da cuenta el expediente</u>' (resaltado dentro del texto).

Es que en realidad la resolución acusatoria señaló con absoluta precisión y detalle la naturaleza plural y homogénea de los hechos por los que se procedía y, más aún en sus folios 2 y 3 los individualizó en cuanto a las víctimas, las modalidades y las cuantías, llegando hasta clarificar que otros comportamientos de los que se tuvo noticia eran objeto de investigación separada según lo dispuesto en resolución de junio 3 de 1993.

Y si bien no avanzó, como era lo ideal y debe hacerse para que la calificación sea exhaustiva tal cual lo quiere la ley, hasta deducir de manera particular y específica que se estaba ante un concurso material homogéneo y efectivo de delitos, ninguna duda queda que la deducción que del mismo hizo el Tribunal en la sentencia no desborda el marco jurídico de la imputación por su calificación jurídica (concusión), ni agrega conductas o hechos nuevos no imputados, ni incorpora circunstancias de agravación modificadoras de la responsabilidad, ni suprime alguna de atenuación reconocida, ni varía la forma de culpabilidad o modifica, para agravar, el título de participación deducido que lo fué por coautoría.

De éste modo, queda visto que la sentencia está en consonancia fáctico normativa con la acusación y que por tanto la causal de casación no prospera.

Debe precisar la Sala, finalmente y para responder la demanda del defensor de González Náder, que los cargos a él formulados fueron los mismos que a sus coparticipes, y que no por haberse destacado probatoriamente

los elementos de juicio que lo ubicaban como realizador material de uno de los constreñimientos (caso de Miguel A. Rico), hubiese sido excluido, o pudiera entenderse ajeno, a las demás acciones delictivas. La Fiscalía siempre responsabilizó al grupo de funcionarios por el conjunto de hechos constitutivos de concusión, todo como consecuencia del concurso de voluntad y acción, y por ello la sentencia no le sorprende para incluir hechos nuevos como lo sugiere la demanda.

Frente a la diversidad de acciones, imputadas como pluralidad, individualizadas y precisadas, la multiplicidad de infracciones es la regla y por tanto, sentenciar por ello no tiene por qué llevar a sorpresa. Y si bien es cierto que en ocasiones se valora como unidad el concurso homogéneo o como concurso lo que es un solo delito, precisamente será la sentencia la que defina la aplicación del derecho sustancial sin que su desacuerdo con la acusación sirva para fundamentar un vicio de actividad por cuyo erróneo entendimiento se termine cercenando la facultad juzgadora del fallador para convertirlo en simple avalador, sin más, de la concepción jurídica que sobre el objeto del proceso tenga la Fiscalía acusadora. Por eso, se repite, ésta causal opera no como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre los juicios de acusación y fallo, sino como una garantía de que el proceso transita al rededor de un eje conceptual fáctico jurídico que le sirve como marco y límite de desenvolvimiento y no como atadura irreductible.

No prospera pues, ninguno de los cargos formulados al amparo de esta causal.

2. CAUSAL PRIMERA. Reproche presentado por los defensores de Mauricio González Náder e Hildelbrando Puentes Morales.

Atentando contra la técnica que gobierna este recurso, varios son los reparos sobre los cuales, dentro de esta misma causal, pretenden los libelistas demostrar el falso juicio de legalidad para quebrantar la sentencia de segundo grado. Por lo tanto, en aras de la claridad del proveído, la Sala se pronunciará sobre cada uno de ellos, en el orden que sigue.

1. Recaudo abiertamente ilegal de los testimonios de Jaime Acosta Mayorga, José Orlando Rodríguez y María Flor Porras Hernández, dentro del proceso disciplinario que adelantó la Personería Distrital porque en el caso de Mauricio González Náder declararon antes de la apertura de la investigación disciplinaria y, respecto de Hildebranto Puentes Morales se rindieron con posterioridad al pliego de cargos que se formulara en su contra, situaciones que impidieron ejercer el derecho de contradicción respecto de tales pruebas.

Debe decirse inicialmente que lo que interesa a la Corte respecto de la prueba trasladada frente a la validez en su aducción, no es el proceso de formación en la actuación de origen sino el rito de su traslado y la posibi-

lidad de que una vez incorporada, los sujetos procesales hayan podido conocerla y por ende ejercer el derecho de contradicción.

Lo anterior tiene su razón de ser en la independencia que debe existir entre las distintas jurisdicciones para dirimir los conflictos. Como consecuencia, los jueces al proferir sus decisiones, actúan autónomamente, sin que les sea permitido invadir otras competencias. En esas circunstancias, los reproches que los libelistas pretenden formular sobre alguna irritualidad respecto del proceso adelantado por la Personería Distrital, no tiene ninguna incidencia en la presente actuación penal, ni es a la justicia penal ordinaria a la que corresponde evaluar su legalidad. Cosa diferente ocurriría si la prueba hubiese sido invalidada dentro de la actuación de origen y que pese a ello se hubiese aportado al proceso penal. Pero ese evento no es el que ocupa la atención de la Sala y por ello no se entrará en consideraciones sobre el particular.

2. - La Personería no tenía competencia para investigar a los Ediles del Distrito Capital, conforme a los artículos 1° al 5° del Acuerdo No. 10 de 1971.

Sobre este punto, similares son los razonamientos que se deben aducir, pues de manera equivocada el defensor de González Náder pretende enrostrarle al fallador de segundo grado una irregularidad cuya verificación trasciende a otras esferas. El cargo supone que el proceso de donde se trasladan, el sujeto contra el cual se aducen en el proceso penal fuera parte y eso no lo exige el artículo 255; en realidad la prueba trasladada se produjo a raíz de la competencia de que para actuar disciplinariamente tiene la Personería Distrital. Por ello no es el recurso extraordinario de casación la oportunidad para combatir dicha competencia ni es el juez penal el convocado a dirimir una cuestión que tiene su dinámica de contradicción e impugnación por otras vías y en otros ámbitos.

2. Las pruebas no fueron válidamente trasladadas puesto que para ello se requiere la configuración de algunos requisitos que si no se cumplen deben tenerse como inexistentes. Al tenor del artículo 185 del C de P.C., es necesario que concurran los principios de publicidad y contradicción.

Establece el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal:

"Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en éste Código".

(...)

Del contenido de la norma se desprende, que es posible trasladar las pruebas que han sido practicadas válidamente dentro de una actuación disciplinaria, esto es, que no hayan sido desconocidas o anuladas allí por

ilegales, siendo importante determinar, además, que en su aducción y contradicción se hayan tenido en cuenta todas las ritualidades y formalidades previstas por la ley, que se haya garantizado su publicidad, que no sean prohibidas y, para efectos de su traslado, que haya una providencia que así lo ordene, es decir, que se erigen en una clara voluntad del funcionario judicial en cuanto a incorporarlas o admitirlas en el proceso penal.

Entonces, como ya se dijo, las formalidades que deben rodear la actividad probatoria en el proceso de origen, en este caso un proceso disciplinario, no pueden ser objeto de reproche en esta instancia excepcional.

Ocurrió que durante la fase preliminar de esta actuación, con fundamento en la denuncia presentada por el Dr. Miguel Alfredo Moncada en representación de varios Ediles de la Localidad 8ª de Santafé de Bogotá contra Hildebrando Puentes Morales y Mauricio González Náder, la Unidad Sexta de Investigación Previa y Permanente, mediante auto del 12 de noviembre de 1992 dispuso, entre otras diligencias, solicitar al Personero Delegado para la Vigilancia Administrativa remitiera copia auténtica del expediente administrativo No. 932/92 "como prueba trasladada hacia esta investigación". Esas mismas diligencias sirvieron como base para que mediante auto del 7 de diciembre de ese mismo año, se profiriera resolución de apertura de instrucción. (fols. 51 y 240 Cdno No. 1)

Luego de haber rendido indagatoria los hoy encausados, mediante auto del 25 de febrero de 1993 la Fiscalía 153 de la Unidad Cuarta de Patrimonio Económico dispuso que la Personería se informara si allí se adelantaba alguna investigación contra Mauricio González Náder y en caso afirmativo se allegara copia de toda la actuación.(fol. 78 Cdno. No. 3).

En atención a ello, el Personero Delegado para la Vigilancia Administrativa allegó fotocopia auténtica de las declaraciones rendidas ante esa oficina por Miguel Antonio Rico García, Jaime Acosta Mayorga, María Flor Hernández y José Orlando Rodríguez Riaño, dentro de otro proceso disciplinario, el radicado con el No 015/93 adelantado contra el Edil Mauricio González Náder (fols. 89 al 93 Cdno. No. 3).

Como se puede advertir, el traslado de las diligencias disciplinarias adelantadas contra los procesados Puentes Morales y González Náder está revestido de las formalidades contenidas en el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal; además, su incorporación al proceso penal fue ordenada mediante las respectivas providencias, en fotocopia auténtica, lo cual cumple con el requisito de la publicidad y al haberlas integrado a la actuación, con la posibilidad de haber ejercido el derecho de contradicción.

Como dichos elementos de prueba están sujetos a la valoración del funcionario a cargo del proceso al cual fueron trasladadas, acorde con las reglas de la sana crítica, ninguna injerencia tiene la apreciación que de ellas se haya efectuado en la originaria actuación.

Sobre el punto vale la pena aclarar, nuevamente, que en materia penal la prueba trasladada está regulada expresamente por el Estatuto Procesal Penal, por lo tanto no hay lugar a acudir, para efectos de su validez, a la normatividad civil, ni mucho menos adicionarle requisitos que la ley procesal penal no ha impuesto, como el hecho de haber podido contrainterrogar a los deponentes en las diligencias que originaron pruebas objeto de traslado, según lo sugieren los casacionistas.

Además, los reproches por ellos aducidos, en punto de la publicidad y contradicción de la prueba objeto de reproche, no resultan consecuentes con lo ocurrido a lo largo de la actuación procesal si se tiene en cuenta que diligencias fueron trasladadas e integradas a las diligencias casi desde los inicios de la investigación. Vienen a alegar los censores que frente a tales atestaciones no se pudo ejercer el derecho de contradicción. El recurso de apelación que se desató contra el fallo de primer grado demuestra lo contrario. Uno de los impugnantes, el defensor del procesado José Omer Torres criticó el valor de las declaraciones recaudadas por la Personería Distrital, situación que permitió al Tribunal aclarar lo concerniente al punto, señalando en uno de sus apartes lo siguiente:

"De tal manera, que no hay motivo para alegar, en este asunto, por ninguno de los procesados, que desconocía la aportación a este proceso de las copias remitidas por la Personería Distrital - la investigación penal se inició con fundamento en las copias del disciplinario No. 932-92, tramitado por la Personería Distrital y las copias de las declaraciones vertidas en el disciplinario No.015 93, se incorporaron con fundamento en la resolución del 25 de febrero de 1993, dictada por la fiscalía 153, folio 78, cdno. No. 3 -, porque ellos, así como sus defensores desde la etapa de la investigación y hasta este estadio procesal, han pretendido tildar de ilegal una prueba trasladada de conformidad con la ley e incluso Hildebrando Puentes Morales, José Omer Torres y Mauricio González Náder fueron parte de los procesos disciplinarios No. 932-92 los dos primeros encausados y del No. 015-93 el último de los acusados citados.

En consecuencia, la prueba trasladada es válida y los enjuiciados no han sido sorprendidos con su incorporación, habiendo tenido la oportunidad de rebatir las presuntas contradicciones de los declarantes, su idoneidad moral, solicitando las pruebas respectivas para contraprobar; verbi gratia, como testigos que, aparentemente, corroboran sus descargos. Y si se accedió a citar a las personas que declararon en las averiguaciones disciplinarias, ello obedeció al ánimo de brindarles mayores garantías. Pero si estos no pudieron o no quisieron comparecer a pesar de haber sido citados, este hecho no demerita la legalidad de la prueba trasladada porque, repítese no es necesaria la ratificación de las declaraciones en el proceso penal porque no se está haciendo referencia a documentos privados y porque la ratificación no estructura el principio de publicidad ni es sinónimo sine qua non, de contradicción" (fols. 60 y 61 Cdno. Tribunal).

Ninguna razón de ser encuentra la Sala en el reproche que al amparo del falso juicio de legalidad elevan los libelistas, pues como se vio, ninguna causal de invalidez afecta las pruebas por ellos censuradas.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

3. Violación Directa de la Ley.

A nombre de José Omer Torres.

Tiene razón la Procuraduría Delegada en cuanto afirma que por un equivocado entendimiento de la complicidad como forma de participación en el hecho punible y como la circunstancia de agravación punitiva pregona el censor su indebida aplicación sobre la base de que todos los procesados fueron vinculados como coautores y no como cómplices, razón por la cual aduce que no podía derivarse la agravante dosimétrica.

Las circunstancias de agravación y de atenuación punitivas hacen referencia a distintos elementos del hecho punible; obrar con la complicidad de otro, es un factor que denota mayor gravedad en la comisión del delito; participar en la ejecución del delito más de una persona, genera con mayor probabilidad la consecución del resultado y, por ende, revela un índice mayor de gravedad del hecho.

Por ello el Tribunal de manera acertada y en aras de proferir un fallo revestido de legalidad, dedujo esta circunstancia genérica de agravación por haberse determinado la participación de otras personas en el ilícito, pues bastante notoria resultó la circunstancia de que los hechos delictivos que originaron esta investigación fueron ejecutas por parte de los funcionarios de la Alcaldía Local de Kennedy aquí procesados.

Lo mismo ocurrió con la circunstancia contenida en el numeral 11 del artículo 66 del Código Penal, no precisamente por la simple condición de empleado público de José Omer Torres como lo afirma el libelista, sino, como acertadamente lo explicó el Tribunal, por "el poder y el cargo, por la calidad de líderes políticos de los acusados y la majestad de sus investiduras". El *ad quem* advirtió frente a su calidad de visitador zonal que entre sus funciones estaba la de vigilar que los establecimientos comerciales, industriales y de servicios funcionaran con el debido permiso, circunstancia que indudablemente le colocaba en un lugar de preponderancia y reconocimiento por parte de los afectados y que no conduce a una aplicación indebida de la norma toda vez que tales hechos se subsumen dentro de la previsión legal.

No existe entonces el error atribuido a la sentencia y por ende esta permanece incólume.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada. En firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cúmplase

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

AUDIENCIA DE CONCILIACION-
Oportunidad

A propósito de la oportunidad para pedir la conciliación, que menospreció interesadamente el procesado, tratando de obtener una declaratoria de no culpabilidad por la vía normal del proceso judicial, la Sala aprovecha para precisar que la petición de audiencia de conciliación puede introducirse hasta antes de que termine la audiencia de juzgamiento. Pues bien, como la conciliación está prevista dentro del capítulo destinado a la acción penal, como mecanismo de terminación anticipada del proceso, fácilmente se advierte que dicho objetivo sólo es viable si se intenta antes de que finalice la audiencia de juzgamiento, única manera de armonizar la disponibilidad de las partes, como forma de participación en las decisiones que los afectan, y el carácter público y permanente de la función de administrar justicia que incumbe al Estado (Const. Pol., arts. 2° y 228).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veintinueve(29) de julio de mil novecientos noventa y ocho(1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 12224

Aprobado Acta No. 112

VISTOS

Examina la Sala el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia de segundo grado dictada por el Tribunal Superior de Sincelejo, fechada el 7 de septiembre de 1994, por medio de la cual confirma la condena impuesta al procesado Jorge Ernesto Botero Angel, como autor de un delito de *homicidio culposo*, según conducta que segó la vida de la señora Danilsa María Bánquez Julio. El fallo define como pena principal múltiple la de prisión de dos (2) años, multa por valor de cinco mil pesos ($ 5.000,oo) y suspensión por un (1) año en el ejercicio de la profesión que consiste en conducir vehículos automotores.

Hechos

En las decisiones de instancia, como conclusión del respectivo análisis probatorio, se ha presentado la siguiente verificación fáctica:

Juan Pablo Paredes Cohen era dueño y conductor de un vehículo campero, marca "Willys", modelo 1976, de placas RC-2430, destinado al servicio colectivo de pasajeros y de carga. El día 30 de junio de 1992, el automotor hacía su acostumbrado recorrido entre la localidad de Macayepo y la ciudad de Sincelejo, llevando como pasajeros a los lugareños Danilsa María Bánquez Julio, Edis Gertrudis Monterroza Paternina, Tomás Primera Reyes, Wady Antonio Bolaños Mesa y su pequeña hermana de nombre Derly, entre otros. En sentido contrario, con destino a la ciudad de Cartagena, se desplazaba una camioneta marca "Chevrolet Luv", modelo 1988, de placas HC-4515, conducida por su propietario Jorge Ernesto Botero Angel, quien iba acompañado de los jóvenes José Manuel Cardona Martínez, Camilo Marín Santa, Julián Hoyos Vélez Y Mauricio Gómez Lora.

Ocurrió que, aproximadamente a las 4 de la tarde de la fecha indicada, los dos automotores se encontraron en la curva que coincide con la entrada al corregimiento La Palmira, perteneciente a la comprensión municipal de Toluviejo, lugar y momento en el cual el conductor de la camioneta desarrollaba una velocidad aproximada de 90 kilómetros por hora y, al tratar de eludir un carretillero que delante de él avanzaba en la misma dirección, golpeó la punta trasera izquierda del carro contra el lado delantero derecho del campero de servicio colectivo, cuyo guía instantáneamente perdió el control, pues con el impacto se levantó la tapa del motor, le impidió de inmediato la visibilidad, y fue a parar entonces de frente contra un árbol de ceiba situado a la vera del carreteable.

Como consecuencia de la colisión, sobrevino la muerte de la señora Danilsa María Bánquez Julio y también algunas lesiones leves de otros ocupantes del vehículo de servicio colectivo.

Actuación Procesal

Con fundamento en el informe que sobre los hechos presentó la policía vial, la Fiscal Primera de la Unidad Especializada de Vida de la Dirección Seccional de Sincelejo abrió formalmente la instrucción y vinculó por medio de indagatoria a los conductores *Botero Angel y Paredes Cohen* (cuaderno # 1, fs. 1, 2, 3, 5, 35 y 80). En la resolución de la situación jurídica de los vinculados, la Fiscalía Segunda de la misma Unidad optó por imponer medida de aseguramiento de detención preventiva, con derecho a excarcelación, en contra del primero, como presunto autor del delito de *homicidio culposo*, y se abstuvo de hacerlo en relación con el segundo (fs. 154).

Legalmente dispuesto el cierre de la investigación, el fiscal calificó el mérito de la misma en la resolución del 9 de septiembre de 1993, por medio

de la cual acusó a *Jorge Ernesto Botero Angel* como autor del injusto de homicidio culposo investigado, y a la vez ordenó la preclusión en favor del sindicado *Juan Pablo Paredes Cohen* por razón de los mismos hechos (fs. 187). La resolución acusatoria fue confirmada en la decisión del 14 de diciembre del mismo año, según lo dispuso la Unidad de Fiscalía ante el Tribunal Superior de Sincelejo (cuaderno No. 3, fol. 9).

En la etapa del juzgamiento, a pesar de haberse ordenado varios testimonios, el juzgado de conocimiento sólo pudo obtener el de la señora Ayda Fernández de Gómez, persona que, según señalamiento hecho por el acusado, al momento de los hechos conducía otro vehículo que marchaba detrás del suyo (cuaderno 1, fols. 233 y 237). Vencido el término probatorio, se llevó a cabo posteriormente la audiencia pública (fols. 247-250).

El fallo de primer grado fue dictado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sincelejo, según providencia fechada el 16 de junio de 1994, de acuerdo con la cual se condena al procesado *Jorge Ernesto Botero Angel*, como autor del delito de *homicidio culposo*, a la pena principal de dos (2) años de prisión, multa por valor de cinco mil pesos ($ 5.000.oo) y "suspensión por un (1) año en el ejercicio de la profesión, arte u oficio". Como sanciones accesorias, la juez deriva las de interdicción de derechos y funciones públicas y pérdida de la patria potestad, ambas por igual tiempo al de la pena principal. También se hace la condenación en perjuicios materiales y morales, en medida igual a la conversión de un mil treinta (1030) gramos de oro, en favor del padre de la víctima, y se le concede al condenado el subrogado de la suspensión de la sentencia (cuaderno 1, fols. 251-276).

La sentencia condenatoria fue confirmada por el Tribunal Superior de Sincelejo, según decisión que se dejó reseñada en la introducción, con la sola aclaración de que lo suspendido como sanción principal era el ejercicio de la profesión de conductor (cuaderno No. 2, fol. 3).

Devuelto el expediente al juzgado de circuito, el procesado envió un escrito fechado el 15 de febrero de 1996, por medio del cual hace saber que no tuvo defensor durante los últimos cuatro (4) días del término previsto para interponer el recurso de casación, de conformidad con el artículo 223 del Código de Procedimiento Penal, supuesto que el letrado que lo asistía se posesionó como servidor público el día 3 de octubre de 1994. En virtud de este hecho, el interesado solicitó, por medio de abogado, la reposición de dicho término en favor de su defensa, petición que inicialmente fue negada por el juzgado de instancia en el auto del 23 de febrero de 1996 (cuaderno 1, fs. 337), pero finalmente el Tribunal la halló justificada y así lo dispuso en el auto fechado el 3 de mayo del mismo año, dictado al desatar un recurso de apelación interpuesto contra la determinación de primer grado (cuaderno No. 5, fol. 3).

DEMANDA DE CASACIÓN

Dentro del término indicado, se interpuso el recurso extraordinario de casación y el nuevo defensor hizo la sustentación en los siguientes términos:

1. Expone como cargo principal la nulidad por la comprobada existencia de irregularidades que afectan el debido proceso, de conformidad con los artículos 220-3 y 304-2 del Código de Procedimiento Penal, dado que en el curso del proceso se omitió la celebración de una audiencia de conciliación, como lo ordena perentoriamente el artículo 38 del citado estatuto.

El sustento de esta censura, dice el actor, consiste en que para la fecha de los hechos (30 de junio de 1992) estaba vigente el texto del artículo 2° del Decreto 1861 de 1989, a cuyo tenor la audiencia de conciliación era irrefragable para el juez, bien porque él la dispusiera de oficio ora porque lo hiciera a solicitud de los interesados.

Explica que no obstante la vigencia intermedia del texto original del artículo 38 del Decreto 2700 de 1991, por cuyo medio la diligencia se volvió potestativa, de todas maneras después entró a regir la modificación introducida por el artículo 6° de la Ley 81 de 1993, que en la segunda parte del inciso 1° cambia ese carácter discrecional de la audiencia de conciliación y lo vuelve imperativo, cuando dice que "en todos los casos" el funcionario judicial "señalará" fecha y hora para la audiencia en la misma resolución de apertura de instrucción.

Agrega que la nueva norma resulta más favorable no sólo para el procesado, sino también para los perjudicados y el propio aparato judicial, debido a que evita una eventual condena y propicia el resarcimiento, razón por la cual era necesario su decreto.

La omisión del mencionado acto comporta una afección grave al debido proceso, porque esa regulación minuciosa de la ley hace parte de sus formas propias, y no pudo haberse extendido inútilmente por el legislador, amén de que, como lo pregona el maestro Carrara, *sería ingenuo y engañoso para el pueblo que el mismo ordenamiento no previera la sanción de nulidad para los hechos que afrentan dicha regulación formal.*

Como quiera que el mencionado artículo 6° de la Ley 81 entró a regir en el curso de la apelación de la resolución acusatoria, le parece al censor que la nulidad impregada debe decretarse a partir del auto que ordenó la práctica de pruebas en el juicio.

2. La segunda censura se propone como subsidiaria y la enuncia el impugnante como violación directa de la ley sustancial, en el sentido de que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 21 del Código Penal, que regula la *causalidad* en los delitos, de tal manera que sólo es procedente la condena por el homicidio culposo que recayó en la persona de *Dantisa* María

Bánquez Julio, cuando el resultado muerte sea imputable a una infracción del deber de cuidado que le era exigible al procesado, mas no por una causa puesta por otro.

Argumenta el recurrente que el Tribunal sostiene como causa del accidente automovilístico la presencia en la carretera del joven *Roberto Mercado*, que en ese momento transportaba agua en una carretilla, por el mismo sendero que llevaba la camioneta, a pesar de lo cual la Corporación inconsistentemente condenó al procesado por el delito de homicidio culposo.

Además, conforme con la teoría de la imputación objetiva, el resultado típico sólo es atribuible a la presencia indebida del joven carretillero en la vía que corresponde a los vehículos, por el lado derecho, hecho con el cual generó un riesgo desaprobado, ya que, de acuerdo con el artículo 120 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, en las zonas rurales los peatones deben desplazarse por el flanco izquierdo del carreteable, fuera del pavimento o franja correspondiente al tránsito de los automotores.

Finalmente, como el Tribunal sitúa la causa del accidente en la presencia injustificada del acarreador de agua, apoyado precisamente en el testimonio del joven *Camilo Marín Santa*, percepción según la cual si aquél no se atravesa tampoco hubiera ocurrido el siniestro, concluye el demandante que la condena sólo se ha impuesto con base en el curioso prejuicio de que, a pesar de la probada culpa del peatón, de todas maneras la responsabilidad habrá de recaer en el automovilista. Entiende también el actor que su posición la refuerza el mismo principio de confianza, dispuesto como regla de solución de conflictos producidos a raíz de los percances automovilísticos, según el cual al que maneja le es dable esperar confiadamente en que los demás ajustarán su comportamiento a las reglas.

Como corolario de este segundo cargo, el censor solicita que se case la sentencia impugnada y, en consecuencia, se dicte el fallo absolutorio de reemplazo.

ARGUMENTOS DE UN NO RECURRENTE

El Procurador Judicial 169 para Asuntos Penales, radicado en Sincelejo, sostiene que la demanda no puede prosperar, pero separadamente se refiere a cada uno los cargos de la siguiente manera:

La censura referida a la nulidad no tiene fundamento porque, de acuerdo con las apreciaciones de connotados autores colombianos, la audiencia de conciliación no es presupuesto de una actuación subsiguiente dentro del proceso penal, máxime que la omisión del funcionario judicial en este sentido no le quita ni le merma al sindicado o a los titulares de la acción civil la capacidad para solicitar la diligencia.

De otra parte, si en gracia de discusión se admite que es imperiosa la convocatoria de oficio, la oportunidad para el funcionario se circunscribe

a la resolución de apertura de instrucción; ni antes ni después, lo cual significa que ni el Fiscal Delegado ante el Tribunal ni el Juzgado de conocimiento podían hacerlo.

En relación con el segundo reparo, La Procuraduría Judicial advierte una inconsistencia porque el actor invoca la violación directa de la ley sustancial, mas contradictoriamente cuestiona la valoración probatoria hecha en la sentencia. Si esto último era lo que buscaba el censor, debió escoger el camino de la violación indirecta, por error de derecho, como "falso juicio de convicción".

CONCEPTO DE LA DELEGADA

Ha conceptuado sobre la demanda el Procurador Segundo Delegado en lo Penal, funcionario que aporta los siguientes criterios:

1. En cuanto al cargo de nulidad por ausencia de conciliación, el Procurador advierte que el problema no es de favorabilidad, o de sucesión de leyes en el tiempo, como lo quiere hacer ver el actor, sino de la falta absoluta de interés conciliatorio en el procesado, pues su defensa, aún en el momento de la audiencia pública, siempre se orientó a mostrar la ausencia de responsabilidad por el injusto y nunca solicitó la conciliación.

Independientemente de la época en que ocurrieron los hechos, o en que se formula la acusación, lo cierto es que aún para la fecha de la audiencia pública (mayo 12 de 1994), *ad portas* del fallo de primer grado (junio 16), no se evidenció ningún ánimo conciliatorio por el procesado, razón por la cual lo propio es "continuar el trámite ordinario del proceso", como lo dispone el artículo 38 del C. de P. P., modificado por la Ley 81 de 1993. Es más, durante el trámite del recurso de apelación de la sentencia de primer grado, la defensa insistió en la postura de la no culpabilidad del acusado, de modo que ni siquiera se insinuó el propósito de conciliar.

2. En relación con la segunda censura, que se presenta como violación directa de la ley sustancial, el Procurador le concede razón al Ministerio Público de instancia, en el sentido de que esta causal sólo admite discusiones estrictamente jurídicas, porque se parte del presupuesto de que el actor conviene con el análisis fáctico y probatorio del fallador. Si se quiere incidir en la prueba, el camino correcto es el de la violación indirecta en cualquiera de los sentidos doctrinariamente señalados.

Mas, independientemente de la estimativa del censor sobre los hechos, tampoco es acertado decir que se ha dejado de aplicar el artículo 21 del Código Penal, pues existen apartes explícitos de la sentencia que señalan la imprudencia del conductor como causa de la muerte de la señora *Danilsa María Bánquez Julio*, segmentos que se encarga de transcribir en actitud de demostración.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. NULIDAD POR AUSENCIA DE CONCILIACIÓN. Se recuerda que los hechos investigados en este proceso ocurrieron el 30 de junio de 1992, último día de vigencia del Código de Procedimiento Penal del año de 1987 (Decreto 050) y del Decreto número 1861 de 1989, que modificó el Estatuto Procesal de entonces, ordenamientos de cuya letra e interpretación surgen las siguientes precisiones:

La conciliación en materia penal, como equivalente jurisdiccional y método alternativo de resolución de conflictos por vía distinta a la penal, fue establecida la primera vez por el artículo 2° del Decreto 1861 de 1989, vigente desde el 18 de agosto del mismo año, norma que adicionó el artículo 31 bis en el Código de Procedimiento Penal de entonces, por medio del cual creó la figura con proyección en la etapa de la "indagación preliminar" o durante "el proceso penal", operable *de oficio o a solicitud de los interesados*, pero circunscrita a los *delitos que admitieran desistimiento de la acción penal*.

A su vez el artículo 31 del Decreto 050 de 1987, que había sido declarado inexequible en la sentencia del 13 de agosto del mismo año, fue reconstruido en su texto por el artículo 1° del Decreto 1861/89, a cuyo tenor en los procesos por los delitos de homicidio y lesiones personales culposos, sin circunstancias de agravación específicas, y por injustos contra el patrimonio económico, salvo el hurto calificado y la extorsión, era admisible el desistimiento del perjudicado o los sucesores, siempre que se produjera una indemnización integral que consecuentemente daba lugar a la *cesación de procedimiento*.

Actualmente, el artículo 38 del Decreto 2700 de 1991, en su texto modificado por el artículo 6° de la Ley 81 de 1993, prevé en primer lugar la iniciativa del imputado o procesado y/o los titulares de la acción civil para solicitar audiencia de conciliación en los procesos por delitos que admitan desistimiento y en los casos previstos en el artículo 39 del mismo Código (el homicidio culposo, entre ellos). En segundo orden, se establece que *en todos los casos* el funcionario judicial llamará a audiencia de conciliación, "cuando no se hubiere hecho solicitud", convocatoria que sólo puede hacerse al momento de abrir la investigación.

Ha de notarse que tanto en la legislación vigente al momento de los hechos, como en la que ahora rige, la audiencia de conciliación se hace depender alternativamente de la actividad oficiosa del funcionario judicial o de la iniciativa de las partes, aunque en la normatividad actual es aún más limitada la posibilidad de aquél, supuesto que se circunscribe a un momento procesal preciso (apertura de instrucción) y está supeditada a que no se haya elevado petición en ese sentido (subsidiariedad).

Estas restricciones obedecen a que la intervención mediadora del funcionario judicial debe ser fundamentalmente rogada, supuesto que la se-

ñal inequívoca de la conciliación es que la solución del conflicto se ha devuelto por el Estado a las partes, con el fin de que las personas puedan participar más activamente en las decisiones que los afectan (Const. Pol., art. 2°).

De esta manera, si se atiende el texto del artículo 2° del Decreto 1861/89, vigente para la época de los hechos, la conclusión es que si bien no hubo una convocatoria de oficio a la audiencia de conciliación, tampoco el procesado u otro interesado la solicitó, a pesar del tiempo considerable del que dispusieron, razón por la cual no resulta coherente ni justificado que ahora en favor del primero se alegue su propia culpa.

Ahora bien, si se invoca la aplicación del artículo 6° de la Ley 81/93, fácil es verificar que para este caso ya había precluido la oportunidad para una actuación de oficio por parte del funcionario judicial, ocasión que se limita a la apertura de instrucción. Se dirá que el proceso en cuestión ya estaba en curso y sería necesario hacer realidad el principio de igualdad, frente a la evidencia de que en las actuaciones que apenas se inician los procesados cuentan con el privilegio de lograr una terminación beneficiosa a sus intereses (preclusión de instrucción o cesación de procedimiento), pero ocurre que el mismo ámbito de elección se conservaba para el acusado en este asunto, desde luego por iniciativa propia, porque la justificada falta de convocatoria de oficio del funcionario judicial no obstaculizaba su proposición libre por las partes.

Si en gracia de discusión se viera una anómala omisión de la judicatura, es necesario relievar que, con sensible razón y marcado ánimo de darle funcionalidad al sistema, se han introducido en el Estatuto Procesal Penal las reglas que atemperan el rigor del enunciado de las irregularidades constitutivas de nulidad, conforme con las cuales no puede hacer la invocación de invalidez el sujeto procesal que haya contribuido con su conducta a la ejecución (o inejecución) del acto irregular (*principio de protección*); y que además los actos irregulares pueden *convalidarse* por el consentimiento del perjudicado (C. P. P., art. 308, numerales 3 y 4).

De modo que, como lo advierte el Procurador Delegado, si era tal la preocupación por la audiencia de conciliación, por qué razón el procesado o su defensor no hicieron uso de la facultad de pedirla que siempre estuvo vigente hasta antes de que culminara la audiencia pública de juzgamiento, y que jamás fue interferida por lo que hicieron o dejaron de hacer los funcionarios judiciales intervinientes en el proceso. En segundo lugar, si la inmarcesible y clara posición del procesado y la defensa técnica fue discutir y negar la responsabilidad del primero, aún en el escrito de sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado, quiere decir que siempre asintieron esa eventual omisión de convocatoria de oficio a la conciliación que le incumbía al funcionario judicial, de acuerdo con el artículo 31 bis del Código de Procedimiento Penal de 1987.

A propósito de la oportunidad para pedir la conciliación, que menospreció interesadamente el procesado, tratando de obtener una declaratoria de no culpabilidad por la vía normal del proceso judicial, la Sala aprovecha para precisar que *La Petición* de audiencia de conciliación puede introducirse hasta antes de que termine la audiencia de juzgamiento. Pues bien, como la conciliación está prevista dentro del capítulo destinado a la acción penal, como mecanismo de terminación anticipada del proceso, fácilmente se advierte que dicho objetivo sólo es viable si se intenta antes de que finalice la audiencia de juzgamiento, única manera de armonizar la disponibilidad de las partes, como forma de participación en las decisiones que los afectan, y el carácter público y permanente de la función de administrar justicia que incumbe al Estado (Const. Pol., arts. 2° y 228).

Además de la naturaleza jurídico-procesal de la conciliación, el modo como se exterioriza en el proceso también justifica el límite señalado. En efecto, el artículo 38 del C. de P. P. prevé que la conciliación debe procurarse por medio de "audiencia", expresión cuyo uso corriente se refiere al acto en el cual se escucha a los interesados antes de cualquier decisión con vocación definitiva.

En conclusión, no puede fructificar el cargo principal.

B. VIOLACIÓN DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. De verdad que este cargo subsidiario ha sido presentado de manera correcta, sin mezcla indebida de causales, porque el actor toma trozos de la sentencia que, según su entendimiento, revelan que la única causa del siniestro fue la presencia de un peatón en la vía, a pesar de lo cual el Tribunal consecuentemente no dio aplicación al artículo 21 del Código Penal, precepto que exige la comprobación de un nexo de causalidad entre la conducta del autor y el resultado. No existe la equivocación de causal sugerida por los representantes del Ministerio Público, porque el censor no pretende una revaloración del testimonio del joven *Camilo Marín Santa*, sino que con claridad apunta que el Tribunal, apoyado expresamente en dicha declaración, revela que "... es muy diciente lo que concluye (el testigo) en el sentido de que nada hubiera pasado si dicha carretilla no hubiese hecho presencia en dicho sector de la vía". Esta cita la hace el impugnante, no para decir que se ha ignorado o tergiversado la prueba, o que la misma se ha valorado absurdamente, sino para reforzar la idea de que el Tribunal estaba convencido de que otro obrar fue la causa del percance, no obstante lo cual no decidió en consecuencia.

Si en hipótesis se plantea que el fallador reconoció en el texto de la sentencia otra causa determinante del resultado, distinta del actuar del procesado, a pesar de lo cual le dedujo responsabilidad a éste, puede ocurrir que haya dejado de aplicar el artículo 21 del Código Penal, norma que lo obligaba a individualizar y precisar el nexo de causalidad entre el obrar del acusado y el evento dañino, o que lo haya aplicado indebidamente al

atribuir un resultado nocivo a una causa que no es la suya y que tampoco corresponde a la que judicialmente fue declarada como tal. En conclusión, el planteamiento formalmente es correcto.

Sin embargo, las conclusiones del actor, indudablemente erróneas, sólo obedecen al capricho de una cita parcial y descontextualizada de la sentencia del Tribunal. El énfasis sólo se hace donde interesadamente se quiere mostrar.

En efecto, el demadante trae a colación el siguiente párrafo:

"Entonces, no hay duda de que el accidente se debió a la presencia de un joven con una carretilla donde transportaba canecas de agua, que se trasladaba hacia la Palmira por el carril derecho por donde iba la camioneta, pero como ésta iba rauda, no alcanzó a disminuir totalmente la velocidad y de ahí la colisión con el campero" (página 17). El actor resalta en negrilla la expresión "se debió", lo cual le indica que el percance se produjo por la presencia del carretillero en la vía, pero omite destacar lo que la Sala subraya para señalar que el exceso de velocidad le impidió al conductor sortear con éxito el obstáculo, imprudencia que en últimas se convierte en la determinante del choque y sus resultados lesivos.

Conviene aclarar que el mencionado párrafo está inserto en las reflexiones del literal c), que corresponden a una indagación del Tribunal para establecer si el procesado violó el deber de cuidado que le incumbía, como uno de los elementos que destaca en el tipo de homicidio culposo. Sobre el mismo punto también se trae otra premisa acogida en favor de su tesis por el demandante, y que dice lo siguiente:

"Del contexto de las testificaciones que se acaban de mencionar, se desprende que ambos automotores marchaban por su derecha, pero debido al obstáculo que encontró en su carril la camioneta, su conductor tuvo que virar hacia la izquierda en momentos en que el Willys entraba en la curva, circunstancia que impulsó a Botero Angel a retomar de inmediato el carril, sin lograrlo totalmente, ya que la parte posterior de su vehículo impactó con el capó y guardafango izquierdo del campero, desencadenando así la incontrolable precipitación de éste, que se salió de la carretera y fue a chocar con un árbol situado a más de cinco metros de la berma de la carretera. De allí la razón para que el testigo Marín Santa exprese que Botero Angel tuvo que realizar dos quites, que fueron, precisamente, los que hizo inicialmente a la carreta y seguidamente al Jeep" (fol. 20).

Los dos párrafos citados aparecen entre las varias premisas tenidas en cuenta para el mencionado literal c), en relación con la eventual actitud culposa del procesado, pero curiosamente el actor omite algo tan fundamental como es la *conclusión* de dicho examen y que el Tribunal presenta de la siguiente manera:

"Tal como lo afirma el representante de la sociedad, el accidente tuvo como causa el exceso de velocidad con que se desplazaba la camioneta al ingresar a la curva de entrada al corregimiento La Palmira, pues en ese momento el procesado Jorge Ernesto Botero Angel conducía a una velocidad aproximada de noventa kilómetros por hora, cuando debió afrontar dicha curva a la velocidad aconsejada por la vallas de señalización, que fijaban un tope de treinta (30) kilómetros por hora. El procesado actuó así con imprudencia, violando el deber de cuidado que era menester en esa parte de la carretera, pues si hubiera marchado más lentamente, de acuerdo con lo previsto en las mencionadas vallas, hubiera podido frenar su vehículo al encontrarse sorpresivamente con el joven de la carreta" (cuaderno No. 2, fol. 21. Se ha resaltado).

En otras palabras, la causa del siniestro no puede situarse aisladamente por la aparición indebida de una persona sobre la vía que le correspondía a la camioneta, porque la conducta de operar vehículos es integral y comprende los momentos precedentes, de tal manera que los movimientos automáticos que realiza el conductor (acelerar, cambiar las velocidades, disminuir la aceleración o frenar) están dentro de la acción global de conducir, que si conjuntamente pueden valorarse como voluntarios, de allí mismo puede inferirse si fueron correctos o imprudentes. Es verdad que la aparición del sujeto en la vía constituyó una de las causas o condiciones del percance, pero no fue la determinante, porque, en la hipótesis mental que recomiendan algunos doctrinantes para establecerla, si el conductor de la camioneta en este caso concreto atiende la señal de velocidad superior permitida, máxime que la pronunciada curva no dejaba dudas al respecto, sin duda a una menor aceleración se habría podido salvar el obstáculo aparecido en el carreteable.

Desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva, para atender así la argumentación del impugnante, no puede aseverarse que el procesado no creó riesgos desaprobados, supuesto que está demostrado que tomó la curva a una velocidad abiertamente irreglamentaria, siendo previsible que en lugares de esa conformación se suelen presentar interferencias, máxime si coinciden con la entrada o salida de un poblado; pero, además, si es viable afirmar que con su comportamiento ilícito el autor incrementó injustificadamente el riesgo que antes había puesto ese tercero que se atravesó en la vía.

Es bueno aclarar, también por insinuación del recurrente, que la denominada regla de la *recíproca confianza* rige para el desenvolvimiento de actividades peligrosas que son permitidas por ser imprescindibles en la moderna sociedad industrial, tales como el tráfico automotor, porque sin ellas se detiene el progreso; pero, por elemental lógica, sólo tiene derecho a esperar confiadamente el cumplimiento de los demás, aquel partícipe que actúa dentro de los reglamentos y no el que los viola, como el autor del

caso examinado, según los resultados de la sugerida apreciación integral del comportamiento peligroso.

Finalmente, tampoco es cierto que el Tribunal haya ignorado o confundido la aplicación de la regla de la causalidad, porque del tema se ocupó específicamente en el literal d) de las consideraciones y lo hizo con el siguiente tenor:

"*En cuanto a la relación de causalidad entre la acción imprudente y la muerte de la señora Danilsa María Bárquez Julio, ya se ha dicho que obra el resultado de la necropsia practicada al cadáver de la misma, quien murió como 'consecuencia de fractura traumática de la apófisis odontoides del axis' debido a golpes que recibió al chocar el vehículo contra el árbol. El nexo de causalidad es evidente si, como se ha concluído, los hechos fueron la consecuencia del comportamiento omisivo del deber de cuidado exigible al agente del delito, Jorge Ernesto Botero Angel*" (cuaderno No.2, fols. 21 y 22. El destacado no pertenece al texto).

Por este segundo camino, tampoco puede prosperar la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

No casar el fallo de fecha, origen y naturaleza señalados en la introducción de esta providencia.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INVESTIGACION INTEGRAL/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ FRAUDE PROCESAL

1. Cuando se alega la conculcación del principio de investigación integral no basta que quien lo propone relacione una serie de pruebas que se dejaron de practicar, así mencione lo que con ellas se hubiera podido demostrar. *Es necesario que una y otra circunstancia enfrenten la lógica del fallo que se recurre, en cuanto ello constituye la única manera de probar que los medios de convicción que se echan de menos habrían logrado una orientación distinta de la sentencia, ya que es ella la que finalmente se busca destronar.*

2. Al invocar la causal primera, cuerpo primero –violación directa de la ley sustancial– de acuerdo con la técnica casacional no es admisible que el recurrente cuestione la realidad probatoria asumida por los falladores de instancia, ni la valoración otorgada a los elementos de convicción que sirvieron de base para edificar la sentencia. La discusión del cargo debe fincarse en aspectos de puro derecho. Por lo tanto, el recurrente debe aceptar la prueba en la forma como fue valorada por el fallador porque su disentimiento gira es en torno de su conclusión jurídica.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Proceso No. 13864

Aprobado Acta No. 115

VISTOS

Resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Jorge Enrique Castro Lozano, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá de febrero 24 de 1997, confirmatoria de la del Juzgado 66 Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual condenó al mencionado a la pena principal de 38 meses y 10 días de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual

lapso, multa de $100.000.00 y al pago de $52.600.000.00 y 500 gramos oro por concepto de perjuicios materiales y morales, al hallarlo responsable de los cargos de estafa agravada, fraude procesal y tentativa de estafa agravada.

ANTECEDENTES

El presente proceso es la suma de varios acumulados, relacionados con la crisis financiera de 1982 y cuyo principal protagonista fue el señor Félix de Jesús Correa Maya. Dos de ellos, tramitados por los Juzgados 64 y 25 Penal del Circuito, fueron adelantados en contra de Jorge Enrique Castro Lozano y a los mismos se limita el conocimiento de la Sala, toda vez que en los demás se declaró la prescripción de la acción penal.

Hechos del proceso adelantado por el Juzgado 25 Penal del Circuito (Radicación 7.927) y reseña de la actuación procesal.

Carlos Pol y Aleu, fundador y socio mayoritario de la firma Instituto Bioquímico S.A., a raíz de algunas dificultades económicas de la compañía que tuvieron lugar entre 1979 y 1980 y luego de realizar algunas gestiones para superarlas, entró en contacto con Jorge Castro Lozano, Gerente de la firma colombiana Coloca Ltda. y representante en el país de la compañía panameña Coloca International Corporation S.A. hicieron el siguiente convenio:

Coloca International se comprometía a prestarle al Laboratorio US$1.500.000.00, suma que entregaría en 6 cuotas de US$250.000.00 cada una, en las siguientes fechas: 27 de julio y 21 de septiembre de 1979; y 21 de enero, 21 de marzo, 21 de mayo y 21 de julio de 1980. Solamente tuvo lugar el primer desembolso.

El beneficiario del crédito, a su turno, pignoró a favor de Coloca de Panamá 384.000 acciones del Instituto Bioquímico y se obligó, dentro de los 60 días siguientes, a constituir un gravamen similar respecto de otras 14.000. Se pactó que dichas acciones fueran dejadas en custodia en el Swiss Bank de Panamá. Igualmente le vendió a Coloca Ltda. otras 400.000 acciones a razón de $100.00 cada una que la compradora, que adquiría de inmediato la totalidad de derechos sobre las mismas, debía cancelar, sin intereses, a partir del 24 de julio de 1984 y hasta el 24 de julio de 1986.

Tal convenio le permitió obtener a Castro Lozano el control sobre el 78% de las acciones del Laboratorio, de lo cual se valió para nombrar gerente (Daniel Echevarría Manosalva) y revisor fiscal y para decidir, luego de varias asambleas de socios, la venta de los activos del Instituto Bioquímico S.A. Esta se hizo a Coloca Ltda., propiedad de los hijos de Castro Lozano, por la suma de $58.000.000.00, según la escritura pública 8392 del 31 de diciembre de 1980, suscrita por el señor Echevarría Manosalva.

Previamente a la venta de los activos, en diciembre de 1979, el Gerente de Coloca Ltda. se pagó los US$250.000.00 correspondientes al primer desembolso del crédito pactado por US$1.500.000.00, el cual había tenido lugar el 10 de agosto de 1979. Para ello le hizo abrir a Carlos Pol y Aleu, en el Swiss Bank de Panamá, una cuenta a nombre del Instituto Bioquímico, contra la cual giró un cheque por los US$250.000.00 a favor de Coloca International Corporation.

Resulta, en suma, que Jorge Enrique Castro Lozano no prestó ningún dinero al Instituto Bioquímico, no canceló el precio de las 400.000 acciones adquiridas, pero sí se aprovechó del control accionario obtenido en la forma como se señaló para vender los activos del laboratorio en una suma significativamente inferior a la que tenían, la cual se estimaba en un valor superior a los 100 millones de pesos.

Los anteriores hechos fueron denunciados el 3 de septiembre de 1981, a través de apoderado, por los accionistas del Instituto Bioquímico que se consideraron defraudados en su patrimonio económico. Jorge Enrique Castro Lozano fue vinculado al proceso a través de indagatoria y el Juzgado 24 Superior, a través de la determinación del 29 de noviembre de 1984 (fol. 451 c.o. 2), lo sobreseyó temporalmente. El mismo despacho judicial adoptó igual determinación en segunda oportunidad, mediante providencia del 22 de marzo de 1986 (fol. 571 c.o. 2).

El segundo sobreseimiento temporal, de conformidad con la legislación de la época, fue en consulta ante el Tribunal Superior de Bogotá. Y tal Corporación, el 27 de marzo de 1987, fundamentada en que se habían desconocido las formas propias del juicio al dejar de vincular al proceso a otras personas que resultaban involucradas en los hechos, declaró "...la nulidad de todo lo actuado a partir del auto calendado el 2 de agosto de 1984 mediante el cual se decretó, por primera vez, el cierre de la investigación" (fol. 14 c.o. 1 Tribunal).

Nuevamente el proceso en la fase de la instrucción, se procedió a la vinculación de Darío de Jesús Londoño Saldarriaga, Daniel Enrique Echevarría Manosalva, Octavio Becerra Vélez y Germán De la Roche, quienes resultaron sobreseídos temporalmente el 8 de octubre de 1990, la misma providencia a través de la cual Jorge Enrique Castro Lozano fue acusado por el cargo de estafa agravada. Apelado este pronunciamiento, el Tribunal Superior de Bogotá, por auto del 11 de junio de 1991 y con sustento en el hecho de que en la calificación el Juzgado Instructor omitió referirse en la parte resolutiva a la situación del procesado Rafael Veloza Ramírez, declaró nuevamente la nulidad de lo actuado. Esta vez a partir del proveído objeto de la alzada (fol. 14 c.o. 2 Tribunal).

El 9 de agosto de 1991 fue otra vez calificado el mérito de la instrucción. Castro Lozano resultó acusado por el delito de estafa y respecto de los demás procesados se ordenó la reapertura de la investigación. Por el posible

atentado contra la fe pública que era investigado paralelamente con la defraudación patrimonial, se declaró prescrita la acción penal. (fol. 853 c.o. 2).

El Tribunal de Bogotá desató la apelación interpuesta contra la anterior determinación el 2 de abril de 1992. Decidió revocar la reapertura de la investigación dispuesta en relación con Daniel Enrique Echevarria Manosalva, a quien acusó por estafa. En lo demás, le impartió confirmación a la decisión (fol. 68 c.o. 2 Tribunal).

La fase del juzgamiento correspondió inicialmente al Juzgado 25 penal del Circuito y luego el proceso fue remitido al actual Juzgado 66 Penal del Circuito por virtud de haberse dispuesto su acumulación a otras causas en curso. Finalmente, el 7 de junio de 1996, el último despacho citado decidió condenar a Castro Lozano como autor responsable del delito de estafa agravada, y a Echevarria Manosalva como cómplice del mismo hecho punible. El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó tales determinaciones el 24 de febrero de 1997, por intermedio de la sentencia objeto del recurso de casación.

Hechos del proceso adelantado por el Juzgado 64 Penal del Circuito (Radicación 4.283) y reseña de la actuación procesal.

Coloca International Corporation S.A. era titular de la cuenta corriente 013-02243-9 del Banco del Estado Sucursal Carrera 10ª de Bogotá, la cual era manejada por su Gerente Jorge Enrique Castro Lozano. El 29 de julio de 1992 consignó la suma de $287.525.000.00 y para disponer de ella se dejaron suscritas, en blanco, dos notas débito, una por $157.525.000.00 y la otra por $130.000.000.00. La primera operación no representó ningún tipo de problema. Pero no sucedió igual con la segunda. El mismo día de la consignación, con soporte en una nota débito falsa, el Banco apareció girando los $130.000.000.00 a favor de Colseguros como parte de pago de la compra de unas acciones del Banco Comercial Antioqueño. Sobre el particular Castro Lozano adujo que la disposición de ese dinero en la mencionada inversión constituyó un acto abusivo del Banco del Estado, en la medida de que lo que se había convenido era la constitución de un depósito a término con el dinero. Que por lo tanto reclamó a la entidad y se le entregaron en garantía las acciones a Coloca, las cuales posteriormente tuvo que devolver, sin que se hubiera operado el reintegro del citado valor.

El Banco del Estado, no obstante el giro a Colseguros de los $130.000.000.00 con soporte en la nota débito falsa, sostuvo que de todas maneras ese dinero, con sustento en una orden auténtica de Coloca International suscrita por Jorge Enrique Castro Lozano, se debitó de la cuenta corriente por razón de una operación de compra de US$2.000.000.00, en términos que el mismo anotó de su puño y letra así: US$1.910.000.00 se transfirieron a la cuenta 0-452-716847-0 del Swiss Bank Corporation de New York, perteneciente a Coloca International. Y los US$90.000.00 restantes se le entregaron al propio Castro Lozano a través de un cheque girado a su nombre y que él mismo aparece endosando.

A pesar de lo anterior, el 13 de junio de 1983, Coloca International promovió a través de abogado un proceso ordinario ante el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá pretendiendo nuevamente el pago de los $130.000.000.00, más los intereses respectivos. La demanda se soportó en el cheque de gerencia girado a Colseguros a partir de la nota débito falsificada.

Por los anteriores hechos fue vinculado al proceso Jorge Enrique Castro Lozano, resultando acusado el 2 de marzo de 1992 por los cargos de fraude procesal y tentativa de estafa agravada por la cuantía. Esta decisión fue objeto de confirmación por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, según providencia del 24 de diciembre del mismo año.

El trámite del juicio correspondió inicialmente al Juzgado 64 Penal del Circuito de Bogotá y luego el proceso fue acumulado al radicado bajo el número 1.056 del Juzgado 22 Superior, el cual se convirtió en Juzgado 66 Penal del Circuito. Este despacho condenó a Castro Caicedo por los cargos de la acusación y el Tribunal de Bogotá confirmó el fallo a través de la providencia objeto del recurso de casación.

La pena de prisión que se le impuso, 38 meses y 10 días, cobijó los citados cargos de fraude procesal y tentativa de estafa agravada, lo mismo que el de estafa agravada del proceso del Juzgado 25 Penal del Circuito.

La Demanda

I. En cada uno de los procesos adelantados contra el procesado Castro Lozano, su defensor formuló varios cargos. En el que se ha llamado "del Juzgado 25 Penal del Circuito", en el cual se le encontró autor responsable de estafa agravada cometida en perjuicio del patrimonio del Instituto Bioquímico S.A., realizó los siguientes:

Primer cargo

Lo apoyó en la causal 3ª del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. Adujo el censor que se violó el principio constitucional de la investigación integral, en cuanto no fueron verificadas las citas que su representado hizo en la indagatoria y que de ello haber sucedido "...se hubiera demostrado su inocencia y la sentencia hubiera sido ... absolutoria".

Luego de recordar la norma constitucional que consagra el mencionado principio, e igualmente las de carácter legal que lo ratifican, procede a una relación de citas hechas por su defendido en la indagatoria, así como de "breves comentarios" sobre la trascendencia de su verificación. Se trata de las siguientes[1]:

---

[1] El resumen de las mismas lo toma la Sala del concepto del Procurador Delegado.

"1. El procesado relató una conversación sostenida con el señor Eduardo Uribe Franco sobre la situación financiera del Instituto Bioquímico. Verificar su existencia y contenido resultaba una prueba vital, porque el cargo de estafa descansa sobre el presupuesto de que el Instituto no era una empresa boyante pero tenía posibilidades de salvación financiera, y que las actividades lo fueron para apropiarse del patrimonio del Instituto. Si se hubiera practicado la prueba, se había podido corroborar que era una empresa en ruinas, que no tenía salvación.

"2. Se dijo que el Grupo Grancolombiano había designado a Eduardo Vega Franco para la administración del Instituto. Este ha debido declarar, para corroborar lo dicho por Castro sobre la situación de la empresa, ... de quiebra no declarada.

"3. Señaló el indagado que fue invitado a una reunión donde el señor Carlos Pol en presencia de Armando Carbonell, Pablo Michelsen, Mauricio Herrera, Carlos García Herreros; iba a plantear los problemas del Instituto y quería retractarse de la negociación con el Grupo Grancolombiano. Estos testimonios eran fundamentales ..., porque los mencionados personajes eran ejecutivos del Grupo Grancolombiano y por ende, tenían que estar enterados de la real situación industrial, comercial y financiera de la empresa.

"4. Afirmó el procesado que existía el compromiso con la firma J. Uriach de venderle 200.000 acciones sin costo para la firma como contraprestación de la tecnología que iban a aportar al Instituto. Sobre este punto se pregunta el demandante por qué no se intentó que las directivas de la empresa española explicaran por qué habían desistido de la negociación en que estuvieron comprometidos, sabiendo que su participación era esencial; esa empresa era la dueña de las fórmulas y patentes de los productos más vendidos por el Instituto.

"5. Se dijo que el Gerente del Instituto, Mario Valencia Ochoa, renunció al cargo, ante lo cual se recurrió a Rodrigo Noguera, Superintendente de Sociedades, quien recomendó a Darío Londoño y se le recomendó a Daniel Echevarría Manosalva. La Superintendencia de Sociedades tuvo una importante gestión en relación con la crisis del Instituto y debía el propio Superintendente hacer un relato de lo acontecido y de la realidad de la empresa.

"6. Se dice que los 350 trabajadores comían un estupendo menú que subsidiaba el Instituto, que el servicio social no lo prestaba el Seguro Social sino las Clínicas Palermo o Marly, que se tenía derecho a un teléfono para llamadas de larga distancia sin control; se mencionan casos inusuales de prestaciones sociales reconocidas a los trabajadores, situaciones todas éstas que debieron verificarse, porque de tales manejos generosos pudo haberse generado la real crisis del Instituto.

"7. Señala que se elaboró un acuerdo pero que no se firmó, para que la esposa del señor Pol lo consultase con el doctor Fernando Hinestrosa y proceder a firmarlo. ¿Por qué no se llamó a declarar a la señora Pol y al doctor Hinestrosa? ¿Cómo puede existir propósito de engaño cuando el convenio se dejó como un proyecto para ser consultado?

"8. Cita a los señores Octavio Cano y Rafael Ariza como intermediarios del negocio. Era pertinente llamarlos a declarar para que diesen su versión de los hechos.

"9. Se menciona igualmente a Fernando Angel Prieto, a quien debió citarse a declarar.

"10. Hizo alusión el indagado a una administración desgreñada por parte de los directivos del Instituto. De haberse investigado esta situación, se habría demostrado el por qué de la crisis...

"11. Indicó que se destituyó al revisor fiscal Ismael Marroquín, pero este no fue citado a declarar.

"12. Solicitó al Juzgado llamar a declarar al actual revisor fiscal, Jorge Armando Gómez, para que se le preguntara si revisados los libros de contabilidad encontró que el Instituto hubiese efectuado pago a favor de Jorge Castro Lozano. Si se calificó el convenio de contener cláusulas leoninas, era imprescindible verificar si una de las contraprestaciones que surgían del compromiso había sido cancelada.

"13. Indicó que la firma Inversiones Lutecia remató el inmueble del Instituto en 170 millones de pesos. Se afirmó que los activos del Instituto se avaluaron por debajo de su valor comercial para beneficio de Castro Lozano. Era indispensable verificar la información.

"En opinión del recurrente, es una realidad que la no realización de las pruebas que surgían necesarias en su práctica, de las citas enunciadas por el procesado, constituye una violación al derecho de contradicción, de la investigación integral, del derecho a la defensa y al debido proceso. La omisión constituye irregularidad trascendente que afecta los derechos del sindicado; se ha dictado sentencia en un proceso viciado de nulidad. Solicita que se case la sentencia y se decrete la nulidad a partir del auto de cierre de la investigación".

Segundo Cargo

Está sustentado, como el anterior, en la causal 3ª de casación. Dice el censor que en el proceso fue calificado el mérito del sumario en tres oportunidades y que fue en la tercera cuando se produjo la acusación en contra de su representado. Algo así –continúa– era viable en vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1971 (el cual regía para el momento de los hechos), pero no frente al de 1987 (vigente para el momento de la tercera

calificación) ya que éste únicamente permitía la posibilidad de dos calificaciones.

"En el presente caso –expresa el casacionista– se califica por primera vez el mérito del sumario el 29 de noviembre de 1984 (fol. 451 del segundo cuaderno original) cuando estaba vigente el Código de 1971 y se vuelve a calificar por segunda vez el 22 de marzo de 1986 (fol. 571), para ser nuevamente calificado el 8 de octubre de 1990, cuando ya se encontraba en vigencia el Código de 1987.

"Al ser calificado por tercera ocasión, cuando se encontraba vigente el Código del 87 que sólo preveía en su artículo 473 la posibilidad de dos calificaciones es claro que dejó de aplicarse la norma antes mencionada y como se trata de una norma más favorable es ella la que ha debido ser aplicada.

"...al entrar en vigencia el Código de 1987 el 1° de julio de ese año, el funcionario de instrucción ha debido proceder a decretar la cesación de procedimiento de conformidad con las previsiones del artículo 34 del decreto 050 de 1987 y como no se hizo así procede la declaratoria de nulidad del proceso por violación del principio de favorabilidad". Pide, en consecuencia, que se case la sentencia, se declare la nulidad del proceso y se decrete su preclusión.

Tercer cargo

Estima el casacionista que los falladores de instancia han incurrido en una violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 356 y 372 del Código Penal, pues considera que no se puede pensar en un delito contra el patrimonio económico cuando no se le ha ocasionado un perjuicio económico a la presunta víctima, ni el procesado ha obtenido un beneficio. De igual manera, tampoco se puede pensar en la existencia de un delito de estafa cuando no ha existido una maniobra engañosa dirigida a inducir en error a la víctima.

Para fundamentar la censura se refiere el casacionista a la resolución de acusación en la cual se dijo que el señor Pol y Aleu fue inducido en error por medio de maniobras engañosas presuntamente realizadas por Jorge Enrique Castro Lozano pero, que no debe olvidarse que la "presunta víctima" estuvo asesorada jurídicamente por el abogado Douglas Bernal Saavedra quien al rendir declaración en la diligencia de audiencia pública, manifestó que había trabajado para el Instituto Bioquímico, concretamente para el señor Pol y Aleu y que participó de manera directa en el estudio y redacción del convenio celebrado entre éste y la firma Coloca International.

A juicio del libelista, se trató de un proyecto de contrato previamente discutido, donde el señor Pol y Aleu estuvo asesorado por sus abogados y

además, el documento firmado en Panamá fue traído a Colombia para que él mismo pudiera consultar sobre su legalidad.

Frente a esas circunstancias de información y asesoramiento, agrega, no se puede afirmar que la presunta víctima fue inducida en error, al tener todo el tiempo para analizar el contenido del convenio. Considera importante destacar que frente al consejo del abogado Bernal Saavedra, de lo inconveniente que era adquirir un nuevo endeudamiento, Pol y Aleu manifestó que era el dueño del Instituto, por lo cual insistía en involucrarse en un nuevo crédito.

El casacionista consideró pertinente realizar algunas reflexiones para demostrar con ello que las cláusulas del contrato no son leoninas como se afirmó en las instancias. Recordó que las acciones del Instituto habían sido negociadas con la Financiera Grancolombiana por un valor de $40.00 cada una y hasta el 51% del total de ellas, para un total de $40.000.000.00.

Que lo anterior es importante para precisar que Coloca Ltda. compra acciones que se van a pagar en plazos amplios y sin intereses a $100.00 por acción es decir, que paga un 50% más alto que el valor inicialmente negociado con la Financiera Grancolombiana para un total de $100.000.000.00, de lo que se colige la inexistencia del perjuicio.

Agrega que si bien no se pactaron intereses por la suma que Coloca Ltda. quedaba adeudando, en la cláusula tercera del convenio se determinó que las utilidades de la acciones vendidas a Coloca Ltda. corresponderán únicamente al Doctor Carlos Pol y Aleu y/o Inversiones Carlos Pol y Cía. S en C, mientras no hayan sido pagadas.

Destaca, a renglón seguido, que conforme a la declaración del Dr. Páez del Río en cuanto que había vendido el 51% de las acciones del Instituto a la Financiera Grancolombiana en la suma de $40.000.000.00 de pesos, esto es indicativo de que el valor total del Instituto era inferior a los $80.000.000.00 de pesos.

Por lo tanto, a su modo de ver, no se puede afirmar que los bienes del Instituto fueron vendidos en un valor inferior al real, como se dijo en las instancias, pues los presuntos ofendidos en sus declaraciones magnifican el valor del Instituto, como lo hace Páez del Río cuando afirma que se compraron por 108 millones bienes que valen más de 650 millones.

Entonces, en esas circunstancias queda claro, para el libelista, que el valor real del Instituto en ese momento era inferior a los 80 millones de pesos. Que en la negociación así analizada, quedan compensadas la ausencia del pago de intereses y los plazos amplios, con el mayor valor en que se negociaron las acciones y en el hecho de que las utilidades generadas por ellas, seguirían siendo de Pol y Aleu hasta tanto no fueran pagadas por su comprador Coloca Ltda. En consecuencia, no puede hablarse de cláu-

sulas leoninas, para querer tipificar una estafa, donde la misma no se ha presentado.

Se cuestiona el censor dónde está el engaño y las cláusulas leoninas de las que hablan las instancias; si esto último se entiende como lo define el Diccionario de la Academia (contrato oneroso en que toda ventaja o ganancia se atribuye a una de las partes, sin equitativa conmutación entre éstas) entonces el convenio así calificado no lo es porque si bien es cierto son amplios los plazos del pago y sin intereses, los dividendos siguen siendo del vendedor hasta que no se las haya cancelado el comprador.

Expresa a continuación el actor que no hubo inducción en error ni perjuicio para la presunta víctima, lo que se demuestra con la propia manifestación de uno de los afectados, el Dr. Páez del Río quien pretende avaluar el instituto en más de $650.000.000.00 y luego se contradice al aceptar, en la misma declaración, que el 51% de las acciones del Instituto habían sido negociadas con la Financiera Grancolombiana en la suma de $40.000.000.00, cifra que lo lleva a la conclusión de que la totalidad del Instituto Bioquímico tenía un valor inferior a $80.000.000.00 y que se encuentra demostrado que Jorge Enrique Castro Lozano pagó más de $100.000.000.00 por los bienes del Instituto.

Pasa entonces a señalar la forma como la sociedad Coloca Ltda. pagó el precio de la venta del Instituto y hace la relación de los documentos que respaldan la negociación con lo cual considera demostrado que Coloca Ltda. y particularmente Jorge Enrique Castro Lozano pagó al Instituto la suma de $100.000.000.00 "por el valor de la totalidad de los activos y si se tiene en cuenta que el 51% de las acciones habían sido negociadas con la Financiera Grancolombiana en $40.000.000.00, cifra que nos indica que el valor real del Instituto Bioquímico era inferior a 80 millones de pesos de dónde surge la afirmación de que se pagó por los activos del instituto una suma irrisoria?" Así mismo se cuestiona, dónde se puede evidenciar la existencia de un perjuicio y, en consecuencia, de un beneficio ilícito cuando se paga por la compra de una empresa, una suma superior a la que "real y comercialmente costaba".

Asegura que aun cuando Coloca pagó el precio, nunca recibió el bien porque el registro de la escritura no quedó correctamente realizado y la tradición del inmueble no operó. Por ello, finalmente fue rematado por el Juzgado 12 Laboral del Circuito para cancelar las prestaciones de los trabajadores y en nombre del Instituto Bioquímico. Es decir que el bien nunca salió del patrimonio del instituto, pero el dinero que canceló Coloca sí salió de su patrimonio, por lo que nuevamente se cuestiona, dónde está el daño sufrido por el Instituto y dónde los beneficios ilícitos obtenidos por Castro Lozano.

Por ello para el libelista no se puede pregonar la existencia de una estafa agravada al demostrarse que no hubo inducción en error ni prove-

cho ilícito y en consecuencia, tampoco, perjuicio ilícito. Por lo tanto, la conducta realizada por Castro Lozano no es típica, y en esas circunstancias era imposible que se pudiera realizar un proceso de adecuación típica de la estafa agravada.

Solicita se case la sentencia y se dicte el fallo absolutorio de reemplazo.

Cuarto Cargo

Lo hace consistir el libelista en que se cometió una violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho en cuanto a la valoración de los medios probatorios, consistentes en el desconocimiento de las reglas de la sana crítica. Lo anterior, porque los sentenciadores de instancia valoraron el contenido de la prueba constitutiva del avalúo del Instituto Bioquímico que, a pesar de haberse realizado cinco años después de que ocurrieran los hechos, no tuvo en cuenta el proceso devaluativo de la moneda que gira alrededor del 25% anual y en consecuencia revela una cifra que no corresponde al valor de tales bienes en el momento en que ocurrieron los hechos.

Por ello, considera que se desconocieron los artículos 246, 249 y 254 del C. de P.P., como normas medio y 356 y 372 del C.P., como normas fin.

Pasa a señalar que en la sentencia de primera instancia se dijo que después de obtener la mayoría accionaria del Instituto Bioquímico, el acusado de común acuerdo con Daniel Echevarría Manosalva, procedió a paralizar la producción, y a escasos 6 meses de la firma del convenio se realizaron las operaciones tendientes a lograr la transferencia de los bienes del Bioquímico a Coloca Ltda. por precios inferiores a los reales'.

Explica que según las fotocopias de las actas 82 y 83 se acordó un precio global de $100.000.000.00, el que incluía el lote, las instalaciones, la maquinaria, el equipo y los inventarios, cuando de acuerdo al estudio de factibilidad de Vega Franco, los activos sumaban '124.700.000.00 (sin incluir inventarios, materia prima y cuentas por cobrar); y de acuerdo al avalúo de Afin Inmobiliria Ltda, efectuado el 5 de junio de 1984; los solos predios del Instituto Bioquímico (terreno, cerramiento, construcciones, edificio de cafetería, edificio de oficinas, edificio de laboratorio, etc.) valían $297.502.500,00'.

Recuerda entonces que la normatividad procesal establece que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Pasa luego a referirse a los distintos pronunciamientos de la Sala sobre la vía de ataque a la sentencia cuando existe una omisión o apartamiento notorio de la regla de la sana crítica, en especial la del 13 de Febrero de 1995, en la que se acoge de manera unánime la tesis de que el error en dicho evento es de hecho y no de derecho.

Manifiesta que la libertad en la apreciación probatoria otorgada a los jueces por el legislador no es omnímoda, ni se puede concretar en un capricho judicial, porque en el marco de un Estado Social y Democrático de derecho ese conferimiento de poder se debe concebir dentro de unos marcos normativos de rango constitucional y legal que no son otros que las reglas de la sana crítica (leyes de la ciencia, de la lógica y de la experiencia).

En consecuencia, si la prueba riñe con estos postulados, la valoración probatoria debe ser rechazada, pues el funcionario judicial actuará por fuera de su competencia y producirá un fallo que vulnera la Constitución y la Ley.

En este caso, estima el censor, que la actividad juzgadora fue groseramente realizada y se formularon argumentos y conclusiones que desconocen tales parámetros.

Manifiesta, entonces, que el avalúo hecho por AFIN, empresa inmobiliaria, a los bienes del Instituto Bioquímico, fue realizado a los cinco años de ocurridos los hechos, esto es, el 5 de junio de 1984, cuando es una realidad inocultable que desde los años cincuenta se viene presentando en el país una devaluación constante en relación con la moneda norteamericana. Por lo tanto, se debió tener en cuenta esa tasa de devaluación anual que siempre ha girado alrededor del 25%.

Al no haberse procedido así, la cifra del avalúo total de los bienes de Bioquímica en $297.502.500.00 resulta excesivo si se compara con el precio que tenían en 1979, cuando tuvieron ocurrencia los hechos investigados. Destaca que esa propiedad estaba afectada en un 38.12% de su área total para ser usada en la construcción de las orejas del puente de la avenida 26 con avenida Boyacá, pero aun cuando estaba reconocida en el área de los terrenos en un porcentaje superior a la tercera parte, no se hace el respectivo descuento del valor del área que se perdía en favor del Distrito para la construcción de la obra pública mencionada.

El juez ha debido tener en cuenta el dictamen pericial para hacer la rebaja correspondiente a la devaluación hasta el momento en que ocurrió la presunta estafa que se le atribuye a su defendido e igualmente descontar del avalúo el valor del 38, 12% del total de los terrenos que estaban afectados por las disposiciones del Distrito.

Considera que si esos factores se hubieran tenido en cuenta, el valor real del avalúo de los bienes habría sido inferior a los $100.000.000.00 que fue la suma que el procesado pagó y se hubiera demostrado la inexistencia del delito de estafa.

Estima por lo tanto, que se debe casar la sentencia y dictar la absolutoria de reemplazo.

Quinto cargo

Se incurrió en falso juicio de existencia por parte de los falladores de instancia, por ignorar el estudio económico, comercial, financiero e industrial que el Instituto Bioquímico había hecho a la Financiera Grancolombiana el 21 de septiembre de 1978, que demuestra la situación económica y financiera desastrosa que riñe con las afirmaciones de ciertos testigos y con las conclusiones a las que se llegaron en las instancias en relación con este punto, para tipificar la existencia de un delito de estafa. Por tanto, considera que se desconocieron los artículos 246, 247, 250 y 254 del C de P.P., como normas medio y los artículos 356 y 372 del C.P., como normas fin.

En las instancias se calificó como estafadora la conducta de su representado Jorge Castro Lozano, porque se tuvieron en cuenta pruebas que maximizaron el valor real del Instituto Bioquímico y se desconocieron aquellas que lo ubicaban en su valor real y en la situación financiera e industrial catastrófica en que se encontraba. De haberse tenido en cuenta, se habría concluido que el valor que el procesado pagó por esos bienes era el justo y, en consecuencia, no se podía pensar en la existencia de una estafa por ausencia de maniobras engañosas, de inducción en error, de perjuicio y por lo tanto, de beneficio ilícito.

Según él, en el estudio financiero se dijo que "el valor patrimonial de la empresa en libros, a junio pasado, era de $49.7 mm (sic) y de acuerdo a comunicación del Gerente, este valor se elevaría en $82.4 mm (sic) descontada la depreciación por maquinaria, equipo, muebles, enseres y edificios por $12.024..."

Sobre la base de ese estudio, fue que Grancolombiana negoció el 51% de las acciones en $40.000.000.00 y por eso viene afirmando que el valor real del Instituto era inferior a los $80.000.000.00; que de haberse tenido en cuenta esos factores, se habría concluido que el precio pactado por cada acción en $100.00, era superior a un 150% al que se habían negociado las acciones con Grancolombiana y que el valor pagado por Castro Lozano por la totalidad de los bienes del Instituto, era superior a su valor real, esto es a los 100 millones de pesos.

Aparte de ello, se habría llegado a la conclusión de la mendacidad del testimonio del accionista minoritario Páez del Río, quien valoró los bienes del Instituto en cuantía superior a los $650.000.000.00 y no se habría llegado a la conclusión de la existencia de una estafa.

También habrían sido diversas las conclusiones a las que llegaron las instancias, de acuerdo a los pasivos que presentaba la empresa entre los años de 1977 y 1978. A ello agrega el recurrente, que el Instituto Bioquímico se encontraba hipotecado, con gravámenes de primero y segundo grado y,

por desavenencias con el laboratorio URIACH, había perdido la licencia para producir el producto estrella que era el Trimetabol.

Por esa situación de endeudamiento fue que el abogado Bernal Saavedra recomendó la inconveniencia del pacto con Coloca International, porque consideraba que un nuevo crédito en dólares frente a la situación de endeudamiento que la empresa tenía, era ruinoso. En contraste con ello, Polaleu, alegó su calidad de propietario para comprometerse en ese nuevo crédito, que consideraba vital para tener nuevas fuentes de financiación porque carecía de capital para comprar materias primas y así seguir operando en el proceso de producción farmacológica.

Una cosa es que una transacción sea inconveniente y otra es que sea constitutiva de maniobras engañosas para inducir en error y concretar una estafa, porque el Instituto atravesaba una situación bien grave, tenía un endeudamiento muy alto, no tenía capital de trabajo y tenía una carga prestacional elevada.

Finaliza diciendo que si ese medio de prueba se hubiese tenido en cuenta, las conclusiones de las instancias habrían sido de inexistencia de la estafa por ausencia de perjuicio, de beneficio ilícito y la sentencia habría sido de naturaleza absolutoria. Por ello solicita que se case el fallo y se dicte la sentencia absolutoria de reemplazo.

II. En relación con el proceso que se ha llamado "del Juzgado 64 Penal del Circuito", el cual se adelantó contra el procesado Jorge Enrique Castro Lozano y donde se le halló responsable de fraude procesal y tentativa de estafa agravada, según hechos denunciados por el Banco del Estado, el recurrente planteó los siguientes cargos contra la sentencia:

Primer cargo

Lo concreta el censor en el hecho de haberse incurrido en nulidad por la existencia de una irregularidad sustancial que afecta la legalidad del proceso, la cual hace consistir en la circunstancia de que se dictó sentencia, en lo que al fraude procesal se refiere, cuando la respectiva acción penal se encontraba prescrita. Con esto se ignoró la existencia del artículo 80 del Código Penal.

Sustenta la elección de la causal en jurisprudencia de la Sala, en la que se advierte sobre la corrección de alegar la prescripción por la vía de la nulidad.

Para demostrar que el delito está prescrito, empieza por establecer las diferencias entre fraude procesal y estafa, para especificar los diversos momentos consumativos de una y otra y en ese propósito cita distintos pronunciamiento de la Sala.

Analiza los elementos estructurales de cada delito, se refiere a los bienes jurídicamente tutelados, al propósito, y hace especial énfasis en la

definición del verbo "inducir" cuya precisión obtiene del diccionario de la Academia y de tratadistas como Joaquín Escriche, y Ferreira Delgado.

Elabora entonces una construcción teórica que culmina con la afirmación del carácter de tipo de mera conducta del fraude procesal, que se consuma cuando como consecuencia de los medios fraudulentos el servidor público es inducido en error, momento que precisa, apoyándose en textos de Francisco José Ferreira Delgado y Jorge Flórez Gacharná, a partir de la introducción del elemento fraudulento a la actuación procesal, sin que sea necesario esperar a que se produzca el engaño.

Contrasta entonces su opinión y la de los tratadistas que cita, con decisiones de la Corte, algunas de las cuales comparte, mientras de las otras se aparta ostensiblemente, criticando estas últimas porque en su concepto, confunden la naturaleza instantánea de la conducta con la prolongación de los efectos de la misma en el tiempo, pues no es lo mismo la conducta que sus efectos materiales, lo que ejemplifica señalando que la iniciación de una acción ejecutiva con un título falso se perfecciona en el momento de la inducción en error, pero no puede afirmarse que se mantiene la conducta engañadora durante todo el tiempo de la permanencia en el error, pues ello significa confundir los delitos de conducta instantánea con aquellos que siendo instantáneos producen efectos permanentes.

Corolario de lo anterior es que la prescripción del delito de fraude procesal debe contabilizarse desde la realización de la conducta por parte del sujeto activo del delito y no a partir de la ejecutoria de la sentencia decisoria, que de manera regular es el momento consumativo de la estafa, advirtiendo que como la demanda ejecutiva presentada por el doctor Devis Echandía lo fue el 14 de junio de 1983, el fraude procesal se encontraba prescrito para diciembre de 1992, cuando se profirió la resolución de acusación de segunda instancia. Para ésta fecha, concluye, habían transcurrido un lapso superior a 5 años, que es el término prescriptivo de dicho delito.

No obstante esta afirmación, igualmente señala que si el procesado Jorge Enrique Castro Lozano no fue la persona que confirió el poder a Devis Echandía, y si tampoco fue la persona que demandó judicialmente al Banco del Estado, es lógico concluir que no ha podido realizar la de conducta inducir, para la que necesitaba ser demandante o haber tomado la determinación de demandar o de conferir el poder para que se demandara.

Segundo cargo

Está apoyado en la causal 3ª de casación y lo hace consistir la defensa en que el procesado no fue interrogado ni en la indagatoria ni en las ampliaciones de la misma con relación a los delitos por los cuales resultó condenado, circunstancia ésta que es constitutiva de una grave irregularidad sustancial que afecta las formas propias del juicio, el derecho de defensa y el debido proceso.

El 13 de diciembre de 1985, recuerda el casacionista, fue la primera intervención procesal de su representado. Y en tal oportunidad sólo se le interrogó sobre los aspectos relacionados sobre la nota débito falsificada y sobre las autorizaciones dadas por Coloca International para el traslado del dinero que había consignado en el Banco del Estado. Es que el proceso inicialmente estuvo orientado hacia los delitos de hurto y falsedad, relacionados con la nota falsa y el subsiguiente giro de $130.000.000.00 a favor de Colseguros. Y tal fue la razón para que en el auto calificatorio del 11 de noviembre de 1988, a través del cual resultaron acusados unos funcionarios del Banco del Estado en relación con el citado hecho, se haya decidido cesarle el procedimiento a Castro Lozano, en consideración a que no participó en el mismo a ningún título. En segunda instancia, sin embargo, esta última decisión fue revocada y se ordenó la reapertura de la investigación con providencia del 12 de junio de 1989, sobre la consideración del posible doble cobro de los $130.000.000.00 a través del proceso ordinario civil iniciado a instancias del representante legal de Coloca International.

Como consecuencia de lo precedente, prosigue el censor, se le amplió la indagatoria a su cliente el 12 de octubre de 1989, acto procesal en el cual tampoco fue interrogado acerca de los delitos por los cuales resultó condenado. Por lo tanto, es su conclusión, "...se incurrió en una irregularidad sustancial puesto que se incumplió con el debido proceso puesto que se desconocieron flagrantemente los mandatos establecidos en los artículos 360 y 358 (del C. de P.P.), violándose de tal manera las formas propias del juicio, el derecho a la defensa y consecuencialmente el debido proceso constitucional". Solicita, entonces, que se case la sentencia y como consecuencia se decrete la nulidad del proceso a partir del de la resolución de cierre de la investigación.

Tercer cargo

Igualmente lo apoya el defensor en la causal 3ª de casación y lo hace consistir en la circunstancia de que se le proporcionó sólo una parte del proceso para la sustentación del recurso de casación, con lo cual resultó conculcado el derecho de contradicción, el derecho de defensa y consecuencialmente el de debido proceso. Aduce como demostración de esta circunstancia el hecho de haberle solicitado a la Secretaría del Tribunal, cuando ya habían transcurrido varios días del término para presentar la demanda, que le suministrara algunos cuadernos citados en la sentencia y que no le habían sido entregados.

De otra parte, cuando discutía con su cliente el proyecto de la demanda, éste le mencionó una serie de pruebas, aportadas por él en la audiencia pública, que no aparecían dentro del expediente que se le proporcionó, sin que ese o esos cuadernos le hubieran sido "facilitados" por la secretaría.

'Agrega que como resultado de su petición a la secretaría del Tribunal, en la misma fecha que la realizó se le hizo entrega del cuaderno #9 del proceso calificado por el Juzgado 21 Superior y unos dias más tarde se le suministraron tres más.

Ante la situación expuesta, señaló el casacionista que existia la posibilidad de solicitar una prórroga del término al Magistrado Ponente, pero que ello hubiera significado correr "...un riesgo muy grave..." frente a la eventualidad de que la respuesta a la petición hubiera sido adversa.

"Lo cierto –concluye– es que nunca me fue proporcionado el cuaderno original #5 del proceso 1056 que es mencionado en la sentencia de primera instancia y si hago alusión a dicha prueba es porque mi cliente me facilitó una fotocopia de la misma.

"Igual sucede con el testimonio del abogado Douglas Bernal Saavedra que pude analizar en la demanda porque mi cliente me facilitó un aparte de la audiencia donde aparece el mismo. Pero lo único real es que en el momento de presentar la demanda desconozco el cuaderno o cuadernos de la audiencia, lo que allí se alegó y las pruebas que fueron allegadas en dicha diligencia".

Solicita, en suma, la nulidad de lo actuado a partir del término de traslado para presentar la demanda y adelanta que en los cargos siguientes, en la sustentación de algunas causales por falsos juicios de existencia, mencionará algunas de las pruebas que no le fueron suministradas.

Cuarto cargo

Lo plantea el casacionista por la vía de la causal 1ª, inciso 1°, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, pues a su parecer el sentenciador violó de manera directa la ley sustancial al aplicar indebidamente los artículos 182, 356, 22 y 26 del Código Penal. Esto debido a que las conductas realizadas por su representado son atipica "...al no haber sido ... sujeto activo de los supuestos hechos delictivos, puesto que el fraude procesal y la tentativa de estafa consecuencia del primero, sólo se pueden estructurar por parte de quien toma la determinación para demandar judicialmente una obligación inexistente, o quien actúa directamente como demandante en las mismas circunstancias". Y dado que su defendido no actuó en ninguna de esas calidades, no ha podido ser sujeto activo de los hechos punibles que se le imputaron.

Como demostración de la violación se refiere el censor al tipo de fraude procesal. Precisa que aunque se encuentra relacionado dentro de los delitos contra la administración de justicia, hubiera sido más acertado ubicarlo dentro de los atentatorios de la administración pública. En cuanto al sujeto activo, pese a la indeterminación consagrada en la norma, sólo lo puede ser quien esté involucrado en el trámite procesal o administrativo, es decir quien esté "...actuando litigiosamente" en cualquiera de esos ám-

bitos. Por ende, concluye, tendrán la calidad de sujetos activos de fraude procesal los abogados y también, como determinadores, sus mandantes.

El punto, agrega, reviste cierta complejidad frente a procesos civiles, laborales o contencioso administrativos, dado que cuando los demandantes o demandados son personas jurídicas, debe verificarse quién tomó la determinación de demandar o de contestar la demanda, quién confirió poder y, por último, quién actuó judicialmente. En consecuencia, no puede pensarse que quien carece de capacidad legal de representación de una sociedad o quien no confirió el poder para la iniciación del respectivo proceso, puedan tener la calidad de sujetos activos de fraude procesal.

Para el recurrente, entonces, Castro Lozano fue injustamente vinculado al proceso, ya que no fue él quien tomó la determinación de demandar ejecutivamente al Banco del Estado, como tampoco la persona que confirió poder al abogado, ni quien instauró la demanda.

El censor advierte que en cumplimiento de los requisitos técnicos del recurso acepta los hechos, como la valoración dada a los medios de convicción. Y que si procede a la mención de algunas pruebas es sólo para demostrar la atipicidad de la conducta de su representado.

Dentro del proceso –refiere– obra el poder otorgado en Panamá al abogado Hernando Devis Echandía por Coloca International (fol. 86 c.o. 2). Igualmente la escritura de constitución de esta sociedad donde aparecen como únicos socios Jaime Alberto Arias y Ramón Vallarino López (fol. 93 ib.). También aparece la demanda contra el Banco del Estado instaurada por el abogado contratado (fol. 104 c.o. 2). Y, en el expediente relacionado con el Instituto Bioquímico S.A., obra el poder general que Coloca International otorgó a Jorge Castro Lozano, mediante el cual le fueron conferidas facultades para el otorgamiento de mandatos en defensa de los intereses de la compañía ante las autoridades colombianas (fol. 501 c.o. 2).

Dichas pruebas, aduce el recurrente, demuestran con claridad que Castro Lozano nunca ha sido socio de Coloca International, tampoco miembro de su junta directiva, que no asistió a la reunión en la cual se determinó conferirle poder al doctor Devis Echandía para demandar el Banco del Estado, que no confirió dicho poder y que tampoco elaboró la demanda. Y que sí contaba con facultades otorgadas por la compañía para conferir poderes a nombre de la misma, en el caso particular no hizo uso de las mismas. En consecuencia, no fue determinador del fraude procesal y ello se corrobora con la actividad de la parte civil dentro del proceso que desde un comienzo estuvo orientada a lograr la vinculación de los socios de Coloca International, lo cual en efecto sucedió a través de declaraciones de persona ausente. Estos resultaron acusados en primera instancia y en segunda la determinación fue revocada, recuerda el casacionista. Y concluye:

"Si Castro Lozano no realizó ninguna de las actuaciones que lo hubieran podido convertir en sujeto activo del delito de fraude procesal y consecuencialmente del de tentativa de estafa, es claro que los sentenciadores de instancia incurrieron en una violación directa de la ley sustancial...", por indebida aplicación de las normas ya mencionadas.

Su solicitud es, entonces, que se case la sentencia y se absuelva a su defendido.

Quinto cargo

"Se incurrió por parte de los sentenciadores de las instancias –afirma el demandante– en un falso juicio de existencia al ignorarse plural prueba documental absolutamente vital; y son las pruebas documentales originadas en las autoridades directivas del Banco Comercial Antioqueño, reconociendo la legítima tenencia de acciones de ese Banco en poder de Castro Lozano como respaldo a la indebida debitación de los $130.000.000.00 realizada por las directivas del Banco del Estado sin la debida autorización de las autoridades de Coloca International".

Señala que era una realidad que el Banco del Estado tuvo el propósito de hacerse a la propiedad del Banco Comercial Antioqueño y para ello negociaron un fuerte paquete accionario de esta entidad financiera. Cuando Castro Lozano se enteró del débito abusivo de los $130.000.000.00 de la cuenta de Coloca el Vicepresidente del Banco Zambrano le entregó 1.833.832 acciones como garantía del dinero, que a su vez él le entregó al abogado Devis Echandía(fol. 487 c.o. 2).

Eduardo Zambrano (fol. 33 c.o. 2) señaló que era imposible que él haya hecho la entrega de esas acciones al momento de debitar la suma de la cuenta de Coloca, ya que la negociación de las mismas fue posterior, un mes después aproximadamente.

Entonces, se pregunta el casacionista, "...si las acciones del Banco Comercial Antioqueño no le fueron entregadas a Castro Lozano por Zambrano Caicedo, nos preguntamos por arte de qué misterio las acciones estaban en manos de Castro Lozano como se encuentra documentalmente demostrado?

"Es una realidad –sigue su argumento– que ni Castro Lozano, ni Coloca nada tenía que ver con la negociación de las acciones del Banco Comercial Antioqueño y si ello es así, cuál la razón para que las mismas aparezcan en su poder?, acciones que posteriormente el doctor Devis entregaría a Oscar Sterenberg donde se deja la siguiente constancia: 'hago constar que esta entrega se hace, conservando Coloca International el derecho a reclamar del Banco del Estado el pago de los 130 millones de pesos cargados por éste en la cuenta corriente de aquella, con sus intereses y perjuicios.

"Es una realidad –concluye—que si estos documentos hubieran sido tenidos en cuenta por los juzgadores de instancia hubieran concluido de manera definitiva en la falsa posición de Zambrano Calcedo y en la veracidad de las afirmaciones de Castro Lozano, puesto que la única explicación factible para justificar la tenencia de las acciones es el haberlas recibido de manos del vicepresidente Zambrano y si se las entregó fue para efectos de evitar un escándalo y darle una garantía de los 130 millones que habían sido debitados a Coloca International de manera arbitraria, pues nunca existió ningún tipo de autorización para esa debitación".

Su petición es, entonces, que se case la sentencia y se dicte sentencia absolutoria a favor del procesado.

Sexto cargo

Afirma el casacionista que[2] "se incurrió en falso juicio de existencia al ignorarse pruebas documentales demostrativas de que los US$1.910.000.00 no fueron debitados de una cuenta del Banco del Estado, lo mismo que lo relacionado con los US$90.000.00 que fueron debitados de la cuenta de Coloca y no como dijeron los directivos del Banco del Estado, que se habían proporcionado unos cheques viajeros en dólares en favor de los integrantes de la familia Castro Lozano.

"Los funcionarios del Banco del Estado aportaron una serie de documentos con los que pretendieron demostrar que habían pagado a Coloca la suma de US$1.910.000.00 y otra de US$90.000.00, y dentro de tales documentos aparece el telex enviado por el funcionario del Banco del Estado de la División Internacional el 29 de julio de 1982 al Swiss Bank donde se le solicita confirmar la operación realizada con la suma de US$1.910.000.00.

"En el proceso aparece otro telex firmado por el mismo funcionario y dirigido al Swiss Bank; en la diligencia de audiencia pública dentro de las pruebas aportadas por su cliente, se anexó un telex[3] donde se confirma haber recibido el telex del Banco del Estado, pero la operación no pudo ser realizada por cuanto el Banco no tenía tal cuenta; se aportó el extracto de la cuenta del Banco del Estado y aparece debitada la suma de US$1.911.213.75.

"El documento donde el Swiss Bank le informó al Banco del Estado que no puede debitar esa elevada suma en dólares en favor de Coloca International, porque se trata de una cuenta cifrada que no pertenece al

---

[2] El resumen de este cargo lo adopta la Sala del concepto del Procurador Delegado.

[3] Dice que este documento fue uno de los varios a los cuales no tuvo acceso y que sólo lo conoció debido a que Castro Lozano se lo suministró.

Banco del Estado, es una prueba que fue omitida en su consideración por las instancias y se trata de un falso juicio de existencia trascendente. Con el mismo, se demuestra que el Banco del Estado no puede pretender ser perjudicado en este caso, porque si finalmente se terminó debitando dicha suma, como se demostró, no fue dinero perteneciente a quien ha querido aparecer como perjudicado.

"Se podría afirmar, dice el libelista, que de todas maneras, así la cuenta perteneciera a un tercero, le fue pagada dicha suma a Coloca International y con el cobro judicial que se intentó, se estructuran los delitos por los que aparece condenado su defendido. Pero ello tampoco es así, porque está igualmente demostrado que dicha suma de dinero le fue cancelada al Banco del Estado por descuento de los intereses que adeudaba del Draft #11 y lo que se ha pretendido demostrar es que se pagó con dinero del Banco del Estado, cuando ello no es cierto. La cuenta de la que finalmente se debitó esa suma de dinero no pertenecía a la supuesta entidad ofendida y ya le había sido cancelada al Banco del Estado por descuento de los intereses adeudados.

"En cuanto a los restantes US$90.000.00 para completar la supuesta suma de dos millones de dólares apropiados ilícitamente por Coloca, la situación es muy similar porque desde siempre se afirmó por las directivas del Banco que se habían cancelado a través de la expedición de una serie de cheques de viajero girados a favor de miembros de la familia Castro Lozano; pero lo cierto es que nunca se aportaron por el Banco del Estado los documentos demostrativos de la expedición de cheques viajeros en tal cuantía.

"Si los hechos afirmados por los funcionarios del Banco del Estado fuesen ciertos, ¿cómo puede tener explicación que a folio 255 del primer cuaderno aparezca fotocopia del extracto de la cuenta de Coloca International en el Banco del Estado, donde le aparece debitada la suma de $5.850.000.00?, se pregunta el libelista.

"Esta prueba documental fue omitida en el análisis probatorio de las instancias y este falso juicio de existencia es trascendental, porque si hubiese sido valorado el medio de convicción, se habría llegado a la conclusión de la mendacidad de las afirmaciones del Banco del Estado. Lo cierto es que no fueron expedidos cheques de viajero y sí que la suma de dinero que completa los 130 millones fue cobrada o debitada de la cuenta de Coloca International.

"Con las pruebas omitidas se demuestra que no hubo perjuicio para el Banco y menos beneficio para Coloca ni para el procesado.

"Pide que se case la sentencia y se dicte fallo absolutorio de reemplazo".

CONCEPTO DEL PROCURADOR 3° DELEGADO EN LO PENAL
Y CONSIDERACIONES DE LA SALA

Respuesta a los cargos formulados en relación con el denominado proceso del Juzgado 25 Penal del Circuito (Rad. 7.927).

Primer cargo

En la no verificación de ciertas citas hechas por su defendido en la indagatoria, que de haberse realizado a través de los medios probatorios pertinentes (los cuales señala) hubieran determinado su inocencia, hace consistir el censor este primer ataque de nulidad por violación del principio constitucional de investigación integral.

Para la Sala, de acuerdo con el Agente del Ministerio Público, no existió dicha transgresión. Buena parte de las pruebas que según el censor deberían haberse practicado (testimonios de Eduardo Uribe Franco, Eduardo Vega Franco, Armando Carbonell, Pablo Michelsen, Mauricio Herrera, Carlos García Herreros, de los directivos de la firma española J. Uriach, Rodrigo Noguera, Octavio Cano, Manuel Ortiz Uribe, Fernando Angel Prieto, Rafael Ariza Andrade y Daniel Echevarría Manosalva), deberían haber determinado la real situación industrial, comercial y financiera del Instituto Bioquímico S.A., y demostrado que se trataba de una empresa arruinada frente a la cual no quedaba otra conducta que la llevada a cabo por el procesado.

La Corte no piensa de igual manera. En primer lugar, respecto de la situación económica por la cual atravesaba la compañía, obraban dentro del expediente otros medios probatorios, mucho más idóneos que los relacionados por el casacionista, que otorgaban la claridad suficiente sobre el particular. Así por ejemplo, como lo rememora el Procurador Delegado, se contaba con el acta de visita 0159 del 18 de septiembre de 1979 y con el concepto 12608 del 7 de julio de 1981, emanados de la Superintendencia de Sociedades; con el "estudio de factibilidad" del 21 de septiembre de 1978, suscrito por Eduardo Vega Franco; e igualmente con el resultado de "estados financieros" a diciembre 31 de 1979 y el informe operacional no auditado del 31 de mayo de 1978, provenientes de la Price Waterhouse & Co.

Esos documentos aclaraban los interrogantes planteados por el recurrente y en tal medida la incorporación de prueba testimonial para el mismo objeto carecía de fundamento, por lo que no habería allegado en forma alguna constituye la irregularidad sostenida por el demandante.

Y no cambia en absoluto la lógica ante las afirmaciones del censor, según las cuales no se verificaron las siguientes citas:

o "...las inusuales prestaciones extralegales reconocidas a los trabajadores...", que pudieron haber generado "...la real crisis en que se encontraba el Instituto...".

o El manejo dentro de la contabilidad del Instituto Bioquímico de los créditos de otras empresas, o la circunstancia de que su revisor fiscal ISMAEL MARROQUIN llevara no en tinta sino en lápiz los asientos contables (siguiendo instrucciones de la familia POL), lo cual podría significar el desgreño administrativo del Laboratorio.

También tales hechos podían constatarse a través de la prueba documental señalada, que obraba en el proceso y que sin duda alguna sirvió a los falladores para obtener el convencimiento sobre lo sucedido.

En suma, la existencia de medios probatorios idóneos dentro del proceso, demostrativos de la situación financiera del Instituto Bioquímico S.A., hacían improcedente insistir sobre el tema a través de la recepción de los testimonios relacionados por el recurrente, con lo que se descarta la violación del principio constitucional de la investigación integral. Pero no es solamente ese el fundamento para declarar las improsperidad del cargo en relación con los puntos examinados en que descompuso el censor el ataque (1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11 y 12), sino que existe otro de mayor trascendencia, que igualmente lleva a desechar los planteamientos realizados en los puntos 7, 13 y 14 del mismo cargo. Es la falta en la demanda de la necesaria confrontación lógica entre la ausencia de las pruebas alegadas y los términos de la sentencia.

Cuando se alega la conculcación del principio de investigación integral no basta que quien lo propone relacione una serie de pruebas que se dejaron de practicar, así mencione lo que con ellas se hubiera podido demostrar. Es necesario que una y otra circunstancia enfrenten la lógica del fallo que se recurre, en cuanto ello constituye la única manera de probar que los medios de convicción que se echan de menos habrían logrado una orientación distinta de la sentencia, ya que es ella la que finalmente se busca destronar.

En el caso examinado para el casacionista fue suficiente relacionar las citas del procesado que a su criterio debían verificarse, marginando completamente en ese ejercicio el pensamiento del juzgador, que como construcción intelectual contaba con unas premisas, unos juicios valorativos sobre las mismas y las conclusiones derivadas.

En momento alguno el Juzgado Penal del Circuito ni el Tribunal asumieron como punto de partida en el análisis de los hechos, que la situación financiera del Instituto Bioquímico fuera aceptable, sino que por el contrario admitieron que era crítica y que precisamente esa fue la razón para buscar una inyección importante de capital, que finalmente condujo a don Carlos Pol a suscribir el convenio con Jorge Enrique Castro, que llevaría a éste en representación de Coloca a adquirir el control absoluto del Laboratorio, a cambio de la promesa de otorgarle un crédito por US$1.500.000.00, desembolsable en seis cuotas de US$250.000.00 cada una. Una sola de éstas fue entregada y en lugar de cumplir con las restan-

tes, lo que hizo Castro Lozano fue pagársela un corto tiempo después sin renunciar a la posición privilegiada que había obtenido con el pacto, con fundamento en la cual determinó la liquidación de la firma y naturalmente la venta de todos sus activos, por un valor mucho menor del que tenían, a Coloca Ltda., de propiedad de su familia y en la cual fungía como representante legal.

Fue esa serie de circunstancias las que condujeron a estimar estructurado el delito de estafa. Si obviamente el crédito en dólares que fundamentó el pacto entre Carlos Pol y Castro Lozano fue la difícil situación económica del Instituto Bioquímico, al incumplir éste con el traslado de los fondos y optar por la liquidación de la compañía, inclusive contraviniendo el deseo de POL Y ALIEU (que intentó deshacer el trato ante la no materialización del préstamo prometido), se llega a la conclusión obvia de que las pruebas enumeradas por el recurrente en nada hubieran contribuido a la investigación, dado que lo que en suma se le cuestiona al procesado y es en lo que se hace radicar la estafa, es haberse aprovechado del control adquirido sobre el Instituto a través de los mencionados, para venderse a él mismo los activos por un precio significativamente menor del que poseían. Sin arriesgar un solo peso de su patrimonio, ni del de Coloca, que ya había recuperado la cuota del primer desembolso del crédito convenido.

Se reitera, entonces, que se desestimará el cargo objeto de examen.

Segundo Cargo

La Sala no estima del caso proceder a suministrar ninguna respuesta a la fundamentación jurídica realizada por el demandante, de acuerdo con la cual es su parecer que el principio constitucional de favorabilidad habría resultado transgredido por el hecho de haberse calificado el mérito del sumario en tres oportunidades, siendo que el decreto 050 de 1987 solamente disponía la posibilidad de hacerlo en dos. Simplemente porque, como lo observó el Procurador y se evidencia en el resumen de la actuación procesal realizada por la Sala al comienzo de este pronunciamiento, en realidad sólo se calificó el mérito de la instrucción en una sola oportunidad.

Cierto que el Juzgado 24 Superior sobreseyó temporalmente a Castro Lozano el 29 de noviembre de 1984 y que en segunda oportunidad adoptó igual determinación el 22 de marzo de 1986. Tales determinaciones, sin embargo, fueron invalidadas por el Tribunal Superior de Bogotá al controlar la legalidad de la segunda por la vía del grado jurisdiccional de consulta. Lo hizo mediante providencia del 27 de marzo de 1987, anulando lo actuado desde el primer auto de cierre de la investigación, dictado el 2 de agosto de 1984.

Se tiene, entonces, que la providencia dictada por el Juzgado 17 de Instrucción Criminal del 8 de octubre de 1990, mediante la cual se decidió formular acusación a Jorge Enrique Castro Lozano, era para ese momento

la única resolución acusatoria con efectos vinculantes producida en el proceso. Pero como esta resultó igualmente anulada por el Tribunal el 11 de junio de 1991, sin afectar el cierre de la investigación, la proferida por el instructor corrigiendo el yerro observado por la segunda instancia, vale decir, la expedida el 9 de agosto de 1991, en la que se le formularon cargos al procesado, es la única providencia calificatoria que desde el punto de vista jurídico puede considerarse como tal en el presente proceso, obviamente integrada con la decisión del Tribunal del 2 de abril de 1992, por la cual confirmó la anterior.

La equivocación del censor en los fundamentos de hecho del cargo, en consecuencia, lo conducen a su absoluto fracaso, por lo que la Sala lo desestimará, en atención, además, a que el trámite que se observó en manera alguna conculcó el derecho de debido proceso legal.

Tercer cargo

Manifiesta el libelista que los falladores de instancia incurrieron en violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación de los artículos 356 y 372 del Código Penal, pues considera que no se puede pensar en un delito contra el patrimonio económico cuando no se ha ocasionado un perjuicio a la presunta víctima, como tampoco se configura el delito de estafa cuando no ha existido una maniobra engañosa, no obstante desarrollarlo, como se verá, por vía indirecta.

La forma como se ha enunciado el cargo, hace necesario advertir que al invocar la causal primera, cuerpo primero –violación directa de la ley sustancial– de acuerdo con la técnica casacional no es admisible que el recurrente cuestione la realidad probatoria asumida por los falladores de instancia, ni la valoración otorgada a los elementos de convicción que sirvieron de base para edificar la sentencia. La discusión del cargo debe fincarse en aspectos de puro derecho. Por lo tanto, el recurrente debe aceptar la prueba en la forma como fue valorada por el fallador porque su disentimiento gira es en torno de su conclusión jurídica.

La aplicación indebida de una norma de derecho sustancial se origina, como lo dice la Delegada, por una falsa adecuación típica, por cuanto los hechos establecidos procesalmente no concuerdan con los descritos en el tipo penal que se aplicó en la sentencia. Por lo tanto, los fundamentos jurídicos de la alegación deben estar orientados a demostrar que en la forma como se apreciaron los hechos que originaron el proceso y las pruebas que respaldan el fallo, la norma o normas de derecho sustanciales que se aplicaron no son las que corresponden al asunto debatido.

Hecho este preámbulo, la Sala debe advertir desde ya que el casacionista no cumplió estrictamente con estos lineamientos, porque para demostrar que no hubo perjuicio económico para la presunta víctima como tampoco maniobras engañosas, trascendió en su alegato al campo de la violación

indirecta, mostrando su inconformidad con varios aspectos del fallo censurado.

Para empezar, pretende desvirtuar la existencia de algunos elementos del tipo como la inducción en error por parte de su defendido Jorge Enrique Castro Lozano al señor Pol y Aleu, basado en la declaración rendida por el abogado Douglas Bernal Saavedra en la diligencia de audiencia pública, al manifestar que participó en el estudio y redacción del convenio que celebraron Pol y Aleu con la firma Coloca Ltda., y que le advirtió la inconveniencia de adquirir un nuevo endeudamiento en dólares, dado que el Instituto Bioquímico ya tenía una carga sumamente pesada.

La alegación así propuesta se margina de la naturaleza y objetivos de los motivos de casación por la vía directa e indirecta pese a las marcadas diferencias que existen entre ellas, circunstancia que por sí sola quebranta la censura destinada a desvirtuar la indebida aplicación de los preceptos al inicio enunciados, en razón a que el actor centró sus argumentos en aspectos netamente probatorios.

Es sobre este medio de convicción que el censor pretende demostrar la ausencia de maniobras engañosas por parte de su representado, lo que de acuerdo a la técnica y la lógica casacional, que acude al análisis probatorio para demostrar hechos que no se encuentran probados en la sentencia, no admitía atacarla por la vía directa sino por la indirecta, bien por un falso juicio de existencia o por uno de identidad.

Ello es así, porque luego se ocupa de demostrar que las cláusulas del citado convenio no son leoninas, al contrario de lo que se dijo en los fallos. Este es otro aspecto mencionado dentro de la misma censura, en el que pone de manifiesto su absoluta inconformidad con los juicios emitidos en las instancias, pues exteriorizó de manera radical su personal criterio, antes que el razonamiento jurídico que evidenciara el error del juzgador en la selección de las normas llamadas a regular el asunto objeto de litigio.

Al respecto se debe señalar que para demostrar la existencia del error, el Tribunal advirtió que su análisis no se limitaba a cada prueba en sí misma considerada sino concatenada con los demás elementos obrantes en el proceso. Así lo manifestó:

"A propósito del error, necesario es relevar que este no surge de la valoración puramente formal del medio utilizado, sino de la interrelación del mismo con otros elementos demostrativos de la verdadera intención que guía al delincuente, v.gr., en tratándose de contratos, el texto puede ajustarse a lo que en derecho positivo se prevé para los mismos, sin embargo constituyen elemento engañoso de inducción en error o juicio falso, cuando el agente de antemano se ha planteado no cumplirlo, pero utilizar su existencia para hacerlo valer respecto de los beneficios que a él le pueden reportar, desplegando elaboradas maniobras con las que pretende darle

aspecto diferente escondiendo el significado delictivo de su acción, como ha ocurrido en el asunto materia de examen" (fol. 132 Sent. 2ª Inst.).

Es evidente que en este caso se hace patente el abandono de las previsiones que en la jurisprudencia se han hecho, relativas a la necesidad de que en el desarrollo de este tipo de censuras los hechos y las pruebas sean plenamente descartados ya que unos y otras se deben dar por establecidos en la forma como los apreció el juzgador.

La circunstancia del pago por la suma de $100.000.000.00 que hizo la firma Coloca Ltda. por la compra de los activos del Instituto Bioquímico, fue plenamente analizada y estudiada por las instancias, concluyéndose que la misma era inferior a su costo real. Por lo tanto acudir a algunos elementos de prueba para tratar de desvirtuar ese hecho, no solo resulta incompatible con los fines de la censura formulada, sino también secundario, pues de acuerdo a lo arriba señalado de nada vale hacer referencia a una u otra prueba para elaborar un análisis sobre su contenido y las consecuencias que de ella se derivan, sino que es necesario, para la prosperidad del reproche, abordar el fallo en toda su dimensión.

Similares son las críticas que se deben efectuar sobre el aspecto relativo al provecho ilícito, cuya existencia también pretende desvirtuar por fuera de las pautas técnicas que se han mencionado, como tampoco tuvo en cuenta que en la sentencia se analiza en detalle cada una de las maniobras empleadas por Castro Lozano para defraudar los intereses del Instituto Bioquímico cuya situación financiera sufrió un proceso tal de deterioro que acabó con su existencia.

De manera insistente señala el libelista que la suma que pagó su defendido por la totalidad del Instituto Bioquímico no resulta irrisoria porque es superior a la que realmente costaba.

En contraposición a ello, el Tribunal señaló:

"Ahora, si bien es cierto al final de la aguda crisis que terminó con la desaparición del Instituto Bioquímico, Coloca Ltda. pagó alrededor de $100.000.000.00 por los activos del Instituto cuya venta se aprobó en las reuniones presididas por Castro Lozano, y que en términos de la distinguida defensora desvirtúan la existencia de la estafa en cuanto que se pagó lo justo por ellos, valor que es muy superior al que iba a pagar la Corporación Financiera Grancolombiana, debe tenerse en cuenta que tal valor encierra la totalidad de los activos cuyo valor real es superior al pagado por Coloca Ltda. y que la Financiera Grancolombiana pagaba aproximadamente $50.000.000.00 pero por el 51% de las acciones y sobre el total de la masa de activos cuyo valor indiscutiblemente era superior, pues como lo destacó la funcionaria de instancia para 1984 el solo valor del terreno ascendía a la suma de $297.502.500.00" (fol. 131 de la sentencia de 2ª instancia).

Ello demuestra la inexacta afirmación del casacionista en cuanto a que el patrimonio de la empresa era inferior a $80.000.000.00, cantidad que dedujo porque el instituto había negociado el 51% por ciento de las acciones en la suma de $40.000.000.00., sin tener en cuanta que los activos del Bioquímico también estaban constituidos por el terreno, la maquinaria, los inventarios, etc.

Y como acertadamente lo refiere el Ministerio Público, el provecho ilícito del procesado no tuvo como eje un solo acto, sino la serie de actividades desplegadas desde un comienzo porque en el pleno conocimiento que tenía de la difícil situación financiera del Instituto y ante la falsa promesa que otorgaría un crédito a su fundador y socio señor Carlos Pol y Aleu, logró obtener el control accionario de la Empresa, luego de lo cual inició la transferencia de los bienes a la firma de su propiedad Coloca Ltda. Así lo consideró el fallador:

"Las consideraciones que preceden fuerzan a concluir que Castro Lozano conoció desde el inicio la débil situación económica del Instituto Bioquímico que para junio de 1979, arrojaba pérdidas que sobrepasaban los $8.000.000.00 aproximadamente y comprendiendo por ende lo que significaba para la vida del mismo cualquier demora que se produjera en los desembolsos del crédito prometido, llevó a Carlos Pol y Aleu e Inversiones Pol y Cía. S en C., a firmar el convenio con Coloca International Corporation S.A., en el que por su condición de apoderado general de ésta podía contro lar a su antojo para quedarse con los bienes del Instituto como en efecto ocurrió, como se desprende de la dilación para realizar el primer desembolso y las excusas que se presentaron para no realizar ningún otro.

"Ahora la afirmación de que Coloca Internacional sí cumplió con el convenio del 26 de julio de 1979, porque conforme como lo informó el revisor fiscal en comunicación de 22 de octubre de 1990, hizo millonarios desembolsos al Instituto Bioquímico, es inexacta en cuanto que no puede aducirse que se cumplió con un contrato porque se hicieron desembolsos de dinero, cuando estos debieron suceder en la época debida, o dicho de otro modo, cuando se requería con urgencia el dinero para evitar que se agudizara la crisis económica y el Instituto siguiera funcionando, y si bien ha podido ocurrir que después de que se logró el cometido de Castro Lozano de paralizar el Instituto Bioquímico para disponer a su arbitrio de los bienes que lo componían, se allanó a cumplir con las exigencias de la entidad panameña para que siguieran realizando los desembolsos de dinero, para entonces éstos ya no tenían más sentido que el de sanear los activos (terreno, edificación, maquinaria, etc.), los cuales se propuso adquirir a través de Coloca International Corporation, más no el valor real de esos bienes que en suma es lo que representa la ilícita ventaja patrimonial que obtuvo". (fol. 131 y 132 ib.).

Como se ve los apartes hasta aquí señalados muestran que en el fallo se conjugan un cúmulo de hechos y circunstancias que analizados

cronológicamente en la manera como los informan las diferentes pruebas, van señalando la forma como el encausado Jorge Enrique Castro Lozano orientó su comportamiento a defraudar los intereses económicos del señor Carlos Pol y Aleu y de los socios del Instituto Bioquímico.

Por ello se configura como accesorio pretender demostrar, como lo hace el libelista, que su representado Castro Lozano pagó más del valor que costaba el Instituto, o que se pagó la totalidad del dinero acordado en la negociación o que en la escritura de venta se consagró en una de sus cláusulas pacto de retroventa, porque lo esencial del asunto, que no se ha desvirtuado, lo constituyen "la falsa promesa de que se le iba a otorgar –al señor Pol y Aleu agrega la Sala– el crédito del millón y medio de dólares" y las posteriores conductas orientadas a obtener el provecho ilícito que no se desvirtúa con la sola referencia al costo de las acciones del Instituto Bioquímico.

Para finalizar, la afirmación de que cuando Coloca Ltda. pagó el precio nunca recibió el bien, porque el registro de la escritura nunca operó y que finalmente fue rematado por el Juzgado 12 Laboral del Circuito para cancelar las prestaciones de los trabajadores del Bioquímico, no aparece acreditada en los fallos; todo lo contrario, se dio por probada la apropiación de los bienes por parte de Castro Lozano y así debió aceptarla el libelista en virtud de la vía de ataque que escogió para remover la sentencia.

Debe concluirse, entonces, que frente a la ausencia de técnica en la formulación del yerro y la falta de razón del casacionista, el cargo debe ser desestimado.

Cuarto cargo

Sostiene en esta oportunidad el recurrente, que se ha incurrido en una violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho en cuanto a la valoración jurídica de las pruebas, originado en el desconocimiento de las reglas de la sana crítica.

Se ha dicho mediante variados pronunciamientos, que cuando se evidencie un total apartamiento de las reglas de la sana crítica (experiencia, lógica y ciencia), por tratarse de formas veladas de tergiversación o de suposición de los hechos –no de infracciones a las normas—el ataque debe formularse por la vía del error de hecho.

Esto implica necesariamente para el casacionista el deber de demostrar que el juzgador, al momento de analizar determinado medio de prueba se equivocó en la inferencia, o en la consideración correcta del medio, porque no aplicó las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia, lo que lo llevó a realizar una conclusión abiertamente desconocedora del sentido común y de justicia.

Pues bien; el error atribuido en esta oportunidad al fallador, consiste en que valoró el contenido de la prueba constitutiva del avalúo del Institu-

to Bioquímico, que a pesar de haberse producido después de cinco años de la ocurrencia de los hechos, no se tuvo en cuenta el proceso devaluativo de la moneda del 25% anual y en consecuencia dicho avalúo revela una cifra que no corresponde al valor de tales bienes para la época en que ocurrieron los hechos, ni se tuvo en cuenta que el 38% del área del terreno estaba afectada para ser usada en la construcción de las orejas del puente de la avenida Boyacá, con la calle 26.

En la forma como el censor fundamentó el reproche, lo primero que se debe advertir es que el error atribuido al fallador por no haber tenido en cuenta esos aspectos no demuestra un desconocimiento de las reglas de la sana crítica, pero además por otro lado no podía haber violación de normas "medio" porque precisamente la naturaleza del error es de hecho.

De otra parte, omitió demostrar su relevancia frente a la totalidad del acervo probatorio y, por ende, su incidencia en el fallo, cuyas consideraciones al respecto ni siquiera mencionó. Simplemente comentó que de haberse tenido en cuenta ese aspecto, el valor del avalúo habría sido inferior a los $100.000.000.00 que fue la suma que el procesado pagó por los bienes del Instituto y hubiera quedado demostrada la inexistencia del delito de estafa.

Pues bien; sucedió que cuando el fallador de primer grado analizaba lo concerniente a "la certeza del hecho punible" afirmó que el procesado, después de obtener la mayoría accionaria del Instituto Bioquímico, en acuerdo con Daniel Echavarría Monsalva, procedió a paralizar la producción y a escasos 6 meses de la firma del convenio, realizó operaciones orientadas a lograr la transferencia de los bienes del Bioquímico a Coloca Ltda. por precios inferiores a los reales. Que de acuerdo a las actas 82 y 83 de la Junta Directiva del Instituto, presidida por él mismo, se acordó la negociación por un precio global de $100.000.000.00 que incluía lote, instalaciones, maquinaria, equipo e inventarios "cuando de acuerdo al estudio de factibilidad de Vega Franco los activos sumaban $124.700.000.00 (sin incluir inventarios, materia prima y cuentas por cobrar); y al avalúo de AFIN INMOBILIARIA Ltda., efectuado el 5 de junio de 1984: los solos predios del Instituto Bioquímico (terreno, cerramiento, construcciones, edificio de cafetería, edificio de oficinas, edificio de laboratorio, etc.) valían $297.502.500.00" (fol. 343 Sent. de 1ª instancia).

Lo que se deduce del aparte resaltado, es que el fallador al cotejar ambos estudios, llega a la conclusión, muy lógica por cierto, de que Coloca Ltda. no pagó el valor real porque inclusive ninguno de los valores fijados en los estudios incluye el total de los activos del Instituto, en cambio el precio de $100.000.000.00 de pesos sí los incluyó.

La razón de lo que se viene diciendo la confirma el propio fallador de segundo grado, cuando al referirse al tema comento expresó que "si bien es cierto al final de la aguda crisis que terminó con la desaparición del

Instituto Bioquímico, Coloca Ltda., pagó alrededor de $100.000.000.00 por los activos del Instituto cuya venta se aprobó en la reuniones presididas por Castro Lozano, y que en términos de la distinguida defensora desvirtúan la existencia de la estafa en cuanto que se pagó lo justo por ellos, valor que es muy superior al que iba a pagar la Corporación Financiera Grancolombiana, debe tenerse en cuenta que tal valor encierra la totalidad de los activos cuyo valor real es superior al pagado por Coloca Ltda. y la que la Financiera Grancolombiana pagaba aproximadamente $50.000.000.00 pero por el 51% de las acciones y sobre el total de la masa de activos cuyo valor indiscutiblemente era superior, pues como lo destacó la funcionaria de instancia para 1984 el solo valor del terreno ascendía a la suma de $297.502.500.00" (fol 131 Sent. de 2ª).

Ante la falta de razón del libelista, en consecuencia, el cargo deberá ser desestimado.

Quinto cargo

Consiste este reproche en que, según el censor, se incurrió en un falso juicio de existencia porque los falladores de instancia ignoraron el estudio económico, comercial, financiero e industrial que el Instituto Bioquímico había hecho a la Financiera Grancolombiana el 21 de septiembre de 1978 para la inicial y frustrada negociación entre ambas firmas, que demuestra la situación económica y financiera desastrosa, que riñe con las afirmaciones de ciertos testigos y las conclusiones a las que llegaron las instancias en relación con este punto.

La sola revisión de los fallos de instancia, concretamente el de primer grado, que con el de segunda conforman una unidad jurídica irrescindible en todo lo que no sea contrario, demuestra claramente la falta de razón del demandante, pues la prueba en mención sí fue tenida en cuenta y constituyó un factor importante en las consideraciones del fallo.

En efecto, al entrar a ocuparse del aspecto relativo a la responsabilidad penal del encausado se dijo:

"Igualmente se demostró que para determinar la viabilidad y rentabilidad de la negociación, la Corporación Financiera Grancolombiana encargó al señor Eduardo Vega Franco, la elaboración del Estudio de Factibilidad sobre el estado Financiero del Instituto Bioquímico S.A.

"Las principales conclusiones del Estudio de Factibilidad elaborado por el señor Eduardo Vega Franco el 21 de septiembre de 1978 fueron sintetizadas en esta providencia.

"De acuerdo con los cálculos y observaciones hechas al estado financiero de la empresa, el señor Eduardo Vega Franco recomendó negociar la acción a $40.06, y si era posible un poco menos, ya que se debían descontar algunos pasivos, entre los que figuraba una cuenta del señor Carlos Pol y Aleu, por cerca de $7.000.000.00" (fol. 337 sentencia de 1ª instancia).

Y más adelante dijo:

"Lo hasta aquí expuesto demuestra plenamente que:

a) ...

b) ...

"c). Que no es cierto que el señor Eduardo Vega Franco le haya dicho a Castro Lozano, que el Instituto Bioquímico estaba en quiebra y sólo habían dos formas de salvarlo: aumentando el capital y liquidando sus activos para pagar las deudas más apremiantes.

"d). Que el señor Jorge Enrique Castro Lozano sabía cuál era la situación financiera del Instituto Bioquímico cuando firmó el CONVENIO el 26 de julio de 1979 con Carlos Pol y Aleu; y que lo ayudó a rescindir la negociación efectuada con Granfinanciera; ya que Carlos Pol lo nombró como su representante para que se entendiera con Eduardo Vega Franco, quien precisamente había elaborado el Estudio de Factibilidad" (fol 339 sent. de 1ª).

En síntesis el falso juicio de existencia aducido por el libelista queda sin demostración alguna y su fundamentación se limita a una crítica sobre su valoración probatoria en aras de que se acojan sus planteamientos ignorando por completo los de los falladores, pretensión inaceptable en casación.

Por tanto, atendiendo a la solicitud del Ministerio Público, el cargo no puede prosperar.

Respuesta a los cargos formulados en relación con el denominado proceso del Juzgado 64 Penal del Circuito (Rad. 4.283).

Primer cargo

El tema que vuelve a plantear la defensa del procesado Jorge Enrique Castro Lozano, ahora como causal de casación, ha sido materia de debate y decisión por las instancias, sin que la Corte tenga mayor cosa que agregar, habida cuenta que los fallos de instancia resolvieron el problema jurídico, apoyados en diferentes pronunciamientos de la Sala.

La naturaleza del fraude procesal, en efecto, ha sido definida por la Corte en diversas oportunidades, construyéndose a través del tiempo una extensa y progresiva posición jurisprudencial que ahora es menester reiterar.

El tema de la prescripción de la acción en el delito de fraude procesal le fue planteado a la Sala en 1996, exactamente en los mismos términos que lo hace el casacionista de ahora, por lo que vale la pena recordar la enunciación del problema jurídico en aquella ocasión, para anotar a continuación la repuesta de ésta Corporación, que se mantendrá como tal frente al cargo que se examina.

Dijeron entonces los demandantes que la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad porque, "...a pesar de que la acción prescribió, se siguió el procedimiento, con quebrantamiento visible y palpable de lo estatuido por el artículo 29 de la Constitución Política.

"En sustento del planteamiento el censor considera –sigue la demanda que se rememora–, con apoyo en el artículo 20 del C. de P.P. que el hecho se considera realizado en el momento de la acción u omisión, aun cuando sea otro el del resultado, para que no se confunda el verbo rector con los efectos y consecuencias naturales derivados de la dinámica de ese comportamiento".

"Añade que una cosa es la inducción en error y otra la permanencia en ese error, pues éste es el resultado de la conducta".

En similar sentido se expresó el casacionista de la segunda demanda que se resolvió, afirmando que: "el delito según la sentencia se originó en la demanda presentada el 16 de agosto de 1984 ante el Juzgado 17 Civil Municipal. En esta fecha se indujo al funcionario en error".

A dichos planteamientos respondió la Sala, con ponencia del Magistrado Didimo Páez Velandia, en sentencia del 30 de octubre de 1996:

"...el comportamiento del agente activo del delito en el fraude procesal es de los que producen la lesión al bien jurídico amparado por el Estado a partir de un momento dado, prolongándose esa lesión en el tiempo hasta cuando se pone fin a la conducta. Es pues, un tipo penal de conducta permanente.

"Se inicia con el acto de incoar la pretensión mediante la inducción en error al funcionario oficial, bien sea que esa pretensión se mantenga con el único e inicial acto, o con la impulsión del procedimiento mediante actos posteriores igualmente de inducción dependientes de las eventualidades sobrevinientes orientados a la consumación del hecho punible y que por consiguiente asumen la condición de hitos reiterativos del iter criminoso, con trascendencia propia para efectos de la prescripción. La consumación del delito continúa pues, mientras dura el estado de ilicitud, que no es otro que el de la inducción ejercida en el funcionario.

"Ello se explica porque el fin perseguido por el agente es el logro de un determinado pronunciamiento del funcionario oficial y, siendo lo común que para arribar a ese objetivo antecedan una serie de actos tanto de las partes trabadas en la litis -cuando de estas se trata- como del juez en desarrollo del procedimiento, resulta evidente la permanencia cronológica de la conducta ilícita en tanto el funcionario se halle en el error. No a otra interpretación puede conducir el contexto de la norma tipificante del delito, el artículo 182 del C.P.:

'El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años".

La decisión anterior, reiteraba además el criterio ya expuesto el 17 de agosto de 1995 con ponencia del Magistrado Fernando Arboleda Ripoll, ocasión en la cual la Sala señaló:

"En relación con el delito de fraude procesal, es preciso que se insista en que este hecho punible 'surge cuando la actividad judicial se ve entorpecida por la mendacidad de los sujetos procesales quienes gracias a la desfiguración de la verdad, consiguen que la decisión judicial sea errada y por ende, ajena a la ponderación, equidad y justicia, que es su objetivo primordial' (Casación de junio 28/94. M.P. Dr. Jorge Enrique Valencia M.). Sin embargo, se agrega, puede tratarse de un delito cuya consumación se produzca en el momento histórico preciso en que se induce en error al empleado oficial, si con ese error se genera más o menos de manera inmediata la actuación contraria a la ley. Pero si el error en que se indujo al funcionario, se mantiene durante el tiempo necesario para producir la decisión final contraria a la ley cuya finalidad se persigue, y aún con posterioridad a ésta, si requiere de pasos finales para su cumplimiento, durante todo ese lapso se incurre en la realización del tipo y la violación al bien jurídico tutelado, pues durante ese tiempo se mantiene el fraude a la administración de justicia.

"Por ello, 'para los fines de la prescripción de la acción penal, el término sólo debe contarse a partir del último acto de inducción en error, o sea desde cuando la ilícita conducta ha dejado de producir sus consecuencias y cesa la lesión que por este medio se venía ocasionando a la administración de justicia'. (C.S.J. Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de junio de 1989. M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas).

"Lo anterior, porque aunque el funcionario puede permanecer indefinidamente en error, al estar convencido que la decisión que tomó era la jurídicamente viable y la más justa de acuerdo con la realidad a él presentada, para todos los efectos jurídicos sean sustanciales o procesales, debe haber un límite a ese error, y este límite no puede ser otro que la misma ejecutoria de la resolución o acto administrativo contrario a la ley, cuya expedición se buscaba, si allí termina la actuación del funcionario, o con los actos necesarios posteriores para la ejecución de aquélla, pues de lo contrario, la acción penal se tornaría en imprescriptible, lo cual riñe con el mandato constitucional al respecto."

Resulta entonces evidente que ante el mismo problema jurídico, la Sala adopte la misma solución jurisprudencial, que ha sido fruto de una prolongada ponderación y análisis, a la que se opone el adjetivo de "peregrinos" que el casacionista le endilga a tales pronunciamientos, no obstante la evidencia histórica sobre su participación en la adopción de tales decisiones que ahora rechaza como demandante, en desarrollo de una hermenéutica que se manifiesta según sea el lado del proceso en que se encuentre.

El criterio de la Sala, frente a los hechos que en cada antecedente jurisprudencial ha requerido su pronunciamiento, ha sido pues el de que en cada caso particular la acción de inducir en error puede manifestarse en el tiempo de diferente manera y que siendo ello así el término prescriptivo ha de contabilizarse de modo distinto, también el de que no necesariamente la acción típica se comienza a ejecutar, se consuma y se agota con el hecho de incoar una demanda, un incidente procesal o una petición.

La naturaleza del proceso fraudulento, la índole de su pretensión, la manera como las partes avancen en la consecución de sus logros, el tipo de error que se propongan inducir en el funcionario y la manera como la administración actúe en respuesta a la actividad de las partes, hacen que la conducta se ejecute con un solo acto, o que se extienda en prolongada ejecución durante distintas etapas de las actuaciones procesales, sin que sea posible confundir el objetivo procesal buscado con los efectos temporales de la decisión errónea en las relaciones jurídico– materiales de los intervinientes procesales.

En el caso que se estudia se tiene, entonces, que como la presentación de la demanda civil ocurrió el 13 de junio de 1983, fue admitida el 6 de julio de 1983 y resuelta por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá el 15 de enero de 1992, se interpuso el recurso que resolvió la Sala Civil del Tribunal Superior de este Distrito Judicial el 18 de diciembre de 1992 y fue objeto del recurso extraordinario de casación que falló la respectiva Sala de la Corte Suprema de Justicia el 14 de junio de 1995, sólo a partir de esta última fecha puede contarse el término de prescripción de la acción, tal como lo señala el concepto de la Procuraduría Delegada pues "bajo un mismo propósito, continuaban los demandantes induciendo en error al funcionario judicial, el titular de cada instancia".

En efecto, como el último acto de la administración de justicia ocurrió en tal fecha, la del fallo de casación, hasta este pronunciamiento se estuvo induciendo en error a los funcionarios de la jurisdicción civil, constituyéndose en el límite de la actuación judicial, ya que con posterioridad a la misma no hay nada que indique la continuación de la conducta ilícita.

Y es que no puede ser otra la conclusión si se advierte que el delito está inserto dentro del título correspondiente a la administración de justicia, que es el bien jurídico que se tutela para preservar que su independencia e imparcialidad quede a salvo de maniobras torticeras de los administrados, que abusando de su condición de usuarios de ese servicio público pretenden obtener una decisión contraria a la ley, vulnerando así la norma constitucional que otorga a los Jueces de la República el derecho a no estar sometidos en sus decisiones sino a la ley.

En este orden de ideas, no puede oponerse a la jurisprudencia de la Sala el concepto interpretativo del casacionista pues ello conduce a tratar a la administración de justicia, con evidente prescindencia de su estruc-

tura constitucional y legal que la caracteriza como un órgano cohesionado y organizado funcionalmente en instancias, diferentes por su órbita funcional, pero unificadas como servicio público de administración de justicia.

No es, pues, cada instancia o despacho judicial una ínsula sin ninguna relación con el órgano estatal al que está adscrita, en cada una de las cuales pueda cometerse un reato diferente de fraude procesal dentro del mismo asunto, sino que todas las instancias que ese asunto requiera y a las cuales se acceda (como en el caso ocupa a la Sala), por el ejercicio fraudulento de la vocación procesal del sujeto activo de la acción inductora del error, conforman para todos los efectos una sola actuación, cuya división en etapas procesales solo es relevante para definir los extremos temporales de iniciación y fin de la acción punible, que en este caso se ha demostrado partió el 13 de junio de 1983 y se prolongó hasta el 14 de junio de 1995, siendo esta fecha la que debe tomarse en consideración para efectos de la prescripción de la acción penal.

Así las cosas, de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado, se desechará el cargo.

Segundo cargo

La nulidad alegada por el casacionista en el marco de este cargo, que hace consistir en que a su representado no se le interrogó en relación con los distintos delitos por los cuales se le condenó, tampoco está llamada a prosperar.

Es cierto que en la primera intervención de Castro Lozano dentro del proceso así sucedió. Pero ello se explica porque el objeto de la investigación para ese momento no se había extendido al intento de defraudación patrimonial del Banco del Estado, efectuado a través de la demanda ejecutiva que se presentó para el cobro de los $130.000.000.00 que la entidad bancaria ya había desembolsado. Pero determinado dicho objeto por el Tribunal cuando revocó el cese de procedimiento dictado a favor de Castro Lozano por los delitos de falsedad y estafa y le reabrió la investigación, que dicho sea de paso era legítimo hacerlo dada la íntima relación entre este hecho y aquél por el cual se había iniciado la investigación (la existencia de la nota débito falsa), se le amplió indagatoria y en ese acto procesal resultó interrogado respecto de los actos constitutivos del fraude procesal y la tentativa de estafa.

Es cierto que el instructor no mencionó dichos delitos por su nombre en la ampliación de indagatoria. Pero también lo es que no estaba en la obligación de hacerlo, toda vez que en tal acto procesal lo que impone la ley es ofrecer la oportunidad al vinculado procesalmente de explicar unos hechos que lo involucran y que se le ponen en conocimiento y que naturalmente pueden resultar constitutivos de delito.

Una revisión detenida del acto procesal señalado (fol. 185 c.o. 3), deja manifiesto que el procesado fue enterado de los hechos por los cuales resultó condenado y también que en desarrollo del derecho de defensa presentó la explicación que le pareció adecuada, respecto de los pagos que el Banco del Estado le hizo a Coloca International por la suma de US$2.000.000.00. Tuvo oportunidad igualmente de hacer referencia al proceso ejecutivo iniciado contra esa entidad financiera y afirmó, en suma, la inexistencia del propósito de doble cobro de una misma suma de dinero.

Así las cosas, ante la claridad del procesado respecto de los hechos por los cuales se le estaba investigando y ante la evidencia de que tuvo dentro del proceso la oportunidad de explicarlos y, además, que la aprovechó para situarse al margen de cualquier maniobra tendiente a defraudar al Banco del Estado, entidad ésta a la que le atribuye, por el contrario, la negativa a cancelar lo debido a Coloca, resulta contundente que la irregularidad sustancial sostenida por el recurrente no tuvo ocurrencia.

El cargo, en consecuencia, se desestimará como lo solicita la Procuraduría.

Tercer cargo

Lo primero que hay que advertir es que no tiene sentido frente a la lógica del proceso, alegar un vicio producido con posterioridad al fallo de instancia para quebrar éste. Esos son vicios que debió alegar durante el trámite de la casación y de manera separada, más no incorporarlo como uno de los cargos.

El ataque es por lo tanto, como los anteriores, igualmente improcedente, siendo más que suficiente la argumentación en tal sentido ofrecida por el señor Agente del Ministerio Público, la cual acoge la Corte en su totalidad y se transcribe a continuación:

"Se queja el libelista de que se vulneró el derecho de defensa por cuando sólo se le proporcionó el proceso en forma parcial. Para hacer este planteamiento, no toma en consideración que los defensores actúan dentro del proceso con unas cargas que les son inherentes y no pueden alegarse como irregularidades sustanciales que afecten el derecho a la defensa, los defectos que de su incumplimiento, de su cumplimiento defectuoso o de simples errores en la actuación, surjan en un momento específico.

"Para este asunto especial, además debe tomarse en consideración que se trata de un expediente de 223 cuadernos y 107 carpetas, que contiene anexos, copias del proceso civil y un tanto complejo en su desarrollo, pues se trataba de varias causas acumuladas.

"Lo anterior, para significar que no es un proceso de fácil manejo, que los cuadernos de un proceso se encontraban organizados en diversos paquetes de acuerdo al juzgado de procedencia, o según los procesados o los

delitos, condiciones que evidentemente complejizan el manejo del expediente pero que, en todo caso, no autorizan, sin otra demostración, a pensar que existió una actuación de mala fe, dirigida a la vulneración del derecho de defensa de un procesado, atribuible a la secretaria del Tribunal.

"Se queja el libelista de que algunas de las pruebas fundamentales para construir su demanda de casación no le fueron entregadas por el Tribunal pues se encontraban en los cuadernos que no le facilitaron. Sin embargo, también afirma que su cliente tenía copias de la actuación procesal, copias de los testimonios y pruebas necesarias, lo que indica que no estaba desinformado ...para la elaboración de la demanda.

"Además, independientemente de la entrega física del expediente que se haga al libelista, el expediente permanece en la secretaría del Tribunal a disposición de los sujetos procesales para la elaboración de la demanda de casación, de manera que si se nota la falta de entrega de un cuaderno, puede ser consultado en la secretaría para efectos de la labor de la defensa.

"No dice el defensor que se le ocultó la existencia de esos cuadernos ni que de mala fe se le dejaron de entregar; además, como se entiende que la defensa es un trabajo mancomunado entre el defensor y el procesado, es claro que el sindicado proporcionó al defensor los elementos necesarios para estructurar la demanda de casación, como así lo reconoce expresamente el libelista.

"Menciona unas pruebas que no le fueron entregadas por la Secretaría pues se encontraban en los cuadernos que contenían la diligencia de audiencia pública, pero de las que su cliente tenía copias que le proporcionó y por eso las relacionó en los cargos respectivos, se enteró del contenido de las mismas, así afirme que desconoce las pruebas que se allegaron en la diligencia de audiencia.

"Se queja de no haber conocido el proceso en su integridad, sin embargo la demanda presentada indica lo contrario, pues los cargos que presentó hacen un recorrido por todo el proceso penal adelantado contra el señor Jorge Castro Lozano: los cargos contra las pruebas aportadas y su valoración demuestran que bien sea porque se le entregaron por el Tribunal o por su cliente, las pruebas relacionadas fueron conocidas por él, estudiadas.

"Ningún sentido tendría la declaratoria de nulidad del proceso a partir de la iniciación del término de traslado si se evidencia que las pruebas pertinentes y las actuaciones fueron conocidas por el libelista; ninguna variación se presentaría en la formulación de la demanda de casación si las pruebas que no fueron entregadas por la Secretaría, se aportaron al defensor por el procesado".

Se reitera, en consecuencia, la improsperidad del cargo.

Cuarto cargo

Según el casacionista se incurrió en la sentencia en violación directa de la ley por aplicación indebida de los artículos 182 y 356 del Código Penal. Y fundamenta el ataque en que su representado no fue la persona que tomó la determinación de demandar al Banco del Estado, ni confirió el poder para ello, ni quien elaboró la demanda o la presentó, por lo que no podía ser sujeto activo del delito de fraude procesal y consecuencialmente del de tentativa de estafa.

La violación directa de la ley sustancial, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, es una vía de ataque de la sentencia sólo invocable cuando se comparte la apreciación probatoria realizada por el juzgador y únicamente se disiente sobre la aplicación o la interpretación del precepto sustancial. En otras palabras, no se pueden cuestionar ni los hechos ni las pruebas que sirvieron de fundamento al fallo, pues ello conlleva una insalvable contradicción que impide el pronunciamiento de fondo de la Corte.[4]

Como se dijera en otra oportunidad, "cuando se invoca como motivo de casación la violación directa de la ley es porque se aceptan sin reparos los hechos que da por demostrados el fallador para abrir paso a la discusión netamente jurídica acerca de la aplicación indebida, la falta de aplicación o la interpretación errónea de la norma sustancial".[5]

En el caso objeto de examen, aunque el defensor advierte que admite los hechos en la forma como aparecen demostrados en la sentencia y la valoración que de los medios probatorios hizo el juzgador, lo cierto es que la afirmación no pasó de una simple declaración de intención, ya que lo que en realidad terminó haciendo fue relacionando varias pruebas de carácter documental y otorgándoles su propia interpretación.

Lo precedente significa, entonces, que el recurrente incumplió con su deber. El punto de partida de su queja, dada la causal de casación escogida, eran las conclusiones de la valoración probatoria realizada por el fallador, para a partir de ellas dar paso a la discusión de carácter puramente jurídica. Sin embargo, evitó los términos de la sentencia, marginó sus consideraciones, su lógica, limitándose a ofrecer su propia lectura de ciertas pruebas, que en ningún momento es coincidente con la apreciación que de las mismas se hizo en el fallo. En este se soportó la responsabilidad penal de Castro Lozano en la circunstancia de que fue él quien le ordenó

[4] Cfr. providencias de la Sala del 26-05-98 y 20-05-98. M.P. Dres. Nilson Pinilla Pinilla y Ricardo Calvete Rangel.

[5] C.S. de J. Providencia del 21-04-98. M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

al Banco del Estado que debitara los $130.000.000.00 (con sustento en una operación de compra de US$2.000.000.00), que se le pretendieron volver a cobrar a la entidad financiera a través del proceso civil ejecutivo. Fue, así lo señaló el Tribunal, el principal protagonista del engaño a la justicia; su concurso fue determinante en la construcción de los artificios que buscaban darle asidero a la existencia de la obligación y al tiempo contrarrestar la posición del Banco del Estado. Esto hasta el punto de que en el interrogatorio de parte a que fue citado asumió en principio una actitud evasiva y luego negó que Coloca hubiera recibido los 2 millones de dólares del Banco del Estado, contribuyendo con ello al mantenimiento de la idea de que la entidad financiera en verdad adeudaba el dinero, cuando existían pruebas demostrativas de todo lo contrario.

Tal fue el entendimiento del Tribunal que lo llevó a considerar al procesado como determinador del fraude procesal y obviamente autor de la tentativa de estafa. Y el ataque por violación directa de la ley sustancial le imponía al censor la aceptación sin discusión de esos hechos que se consideraron probados, no simplemente anunciando que lo iba a hacer, como sucedió, sino cumpliéndolo en realidad. Como no lo hizo, como se limitó en el margen a presentar su punto de vista valorativo de ciertos medios probatorios que lo condujeron a concluir que Castro Lozano no podía ser sujeto activo de los hechos punibles que se le imputaron, la censura fue antitécnicamente presentada y por lo tanto se desechará.

Quinto cargo

En el hecho de que las instancias ignoraron varias pruebas documentales originadas en las directivas del Banco Comercial Antioqueño, que eran vitales, hace consistir el censor el ataque dirigido contra la sentencia por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial.

Cuando desarrolla el cargo, sin embargo, no se entiende qué es lo que quiere demostrar la defensa. En todo momento hizo referencia a las acciones que adquirió el Banco del Estado a nombre de Coloca, pero sin su debida autorización. Adujo que las mismas llegaron a poder de Jorge Enrique Castro Lozano, que documentalmente ello fue probado, como también que el doctor Devis Echandía se las regresó a la entidad financiera, reservándose el derecho a reclamar su valor más intereses y perjuicios. Con ese sustento la conclusión del recurrente es que si los documentos donde constaban tales circunstancias hubieran sido tomados en cuenta por los falladores habrían concluido "...de manera definitiva en la falsa posición de Zambrano Caicedo...", Vicepresidente del Banco del Estado, quien adujo que era imposible que para la fecha de la nota débito que sirvió de fundamento a la compra de las acciones, éstas se le hayan entregado a Jorge Enrique Castro Lozano.

Que Zambrano Caicedo no haya ajustado su versión a la verdad al decir que era imposible entregarle las acciones a Castro Lozano y que éste

haya sido veraz al señalar que el Vicepresidente se las proporcionó, para evitar un escándalo y para que sirvieran de garantía de los $130.000.000.00 invertidos en su compra, son circunstancias totalmente intrascendentales frente a los términos de la sentencia. Para ésta el negocio de las acciones y la nota débito falsa fueron puntos de partida de los hechos, pero ninguna conducta del procesado en relación con ese preciso hecho se le imputó en el presente proceso. De lo que se le acusó y por lo que resultó condenado fue por haber participado en el intento de doble cobro de una misma deuda al Banco del Estado, por lo que el punto planteado por el censor sobre el tema de las acciones, no se entiende de qué manera podría modificar la orientación del fallo.

La calidad a título de la cual tenía Castro Lozano las acciones y la forma como entró en posesión de las mismas, en otras palabras, carecía de importancia procesal, como bien lo concluye el Agente del Ministerio Público. Por ende, ante la evidente intrascendencia de la supuesta omisión probatoria propuesta por la defensa, el cargo será desestimado.

Sexto cargo

La Sala hace suya la fundamentación que con sindéresis hizo el Procurador 3° Delegado en su concepto, para concluir en la improsperidad del presente ataque.

"Se alega falso juicio de identidad al ignorarse pruebas de carácter documental que demostraban que la suma de US$1.910.000.00 no fue debitada de una cuenta del Banco del Estado, igualmente los documentos relacionados con los US$90.000.00.

"Si se denuncia la omisión de valoración de una determinada prueba está el libelista en la obligación de demostrar que la prueba se encontraba en el expediente y no se valoró por los sentenciadores.

"Esto no ocurre en este caso: el libelista se limita a manifestar que su cliente le aportó la copia de un telex supuestamente allegado al proceso en la diligencia de audiencia pública y con la excusa de que este cuaderno no le fue entregado, no señala la ubicación concreta dentro del expediente.

"Revisados con atención los seis cuadernos que conforman la diligencia de audiencia pública, especialmente los que contienen la intervención del señor Castro Lozano y sus defensores, no se encontró el mencionado telex, aún más, la defensora dentro de su intervención en la audiencia no hizo mención al documento, tampoco el procesado en sus múltiples intervenciones.

"Aunque fuese cierta la existencia del documento, probado está que la operación del traslado de los US$1.910.000.00 si se llevó a cabo y en el proceso obra copia del documento que reporta el traslado a la cuenta de Coloca, tal y como fue reseñado por las sentencias de instancia. Este he-

cho fue aceptado por el procesado, aunque haya dicho que se le dio una destinación diferente al dinero recibido.

"El trámite que haya tenido que hacer el Banco del Estado para hacer efectivo el pago del dinero a Coloca International es un asunto diferente, lo cierto es que sí se efectuó el pago de ese dinero.

"Las sentencias de instancias se estructuraron sobre la base de los documentos aportados al expediente, la demanda de casación en este cargo está fundada sobre información dada por el procesado a su abogado, pero que no se encuentra respaldada en documentos en el proceso penal.

"No puede edificarse un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión sobre documentos que no aparecen físicamente en el expediente, y aun si se hubiesen aportado, la realidad procesal es diferente.

"Los hechos constitutivos de los delitos investigados se demostraron mediante prueba documental obrante en el expediente y que fue debidamente valorada por los sentenciadores de instancias.

"Argumenta también el casacionista que no se valoraron los documentos relacionados con la suma de 90 mil dólares, se afirmó por el Banco que se habían entregado unos cheques de viajero girados a favor de miembros de la familia Castro Lozano, pero que nunca se aportaron los documentos demostrativos de la expedición de los cheques.

"Sin embargo, en el expediente aparecen documentos aportados por el Banco del Estado donde consta la licencia de cambio por 90 mil dólares a nombre del Banco del Estado, en la que se relacionan los nombres de la familia Castro Lozano con los números de pasaporte, fotocopia del cheque del Capital Bank expedido por el Banco del Estado a favor de Castro Lozano por la suma de 90 mil dólares, cobrado el 9 de agosto de 1982 en Nueva York (y) extracto de la cuenta del Capital Bank perteneciente al Banco del Estado donde se registra el débito de los 90 mil dólares.

"Todos estos documentos fueron apreciados y valorados por las sentencias para determinar que los 90 mil dólares sí le fueron entregados al señor Jorge Castro, que el cheque fue cobrado y se estructuraba el delito de fraude procesal en concurso con el de estafa en grado de tentativa.

"No se evidencia que se haya omitido el análisis de algún medio probatorio; los juzgadores de instancias contaron con suficientes elementos de juicio para determinar la responsabilidad de Castro Lozano en los delitos que se investigaron; el documento mencionado por el libelista no tenía la trascendencia suficiente para variar la situación jurídica del procesado, pues es el casacionista quien le da una interpretación al mismo acorde con sus intereses, pero que aparece desvirtuada por los demás elementos probatorios del proceso".

No existió, en conclusión, el falso juicio de existencia alegado, por lo que se reitera que el cargo se desechará.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada, ya señalada en su origen, fecha y naturaleza.

Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IN DUBIO PRO REO/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

En el caso del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, -in dubio pro reo-, cuando el sentenciador reconoce la duda, pero en lugar de absolver condena, se debe demandar por violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación. Cuando en el fallo se rechaza la existencia de la duda por estimar que hay prueba de certeza, el cargo se tiene que presentar por violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho (falso juicio de existencia o de identidad), o de derecho (falso juicio de legalidad o de convicción), como consecuencia de lo cual se llegó a la falta de aplicación de la norma citada.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., agosto once (11) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 13081

Aprobado Acta No. 118

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de Luis Armando Yepes Llévano, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, confirmatoria de la dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Girardot, mediante la cual lo condenó a la pena principal de doce (12) años de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un período de diez (10) años, por el delito de homicidio preterintencional.

HECHOS

El 11 de septiembre de 1995, a eso de la una de la mañana, en la vereda La Salada, jurisdicción del Municipio de Tocaima, se enfrentaron dos grupos de jóvenes que momentos antes se encontraban bailando e ingiriendo licor en el establecimiento Los Almendros, resultando herido de

gravedad por golpe a nivel del cráneo con arma contundente -piedra- Sergio Leonardo Quijano Hernández, quien falleció horas después. Por estos hechos fueron vinculados a la investigación mediante indagatoria Luis Armando Yepes Licvano y Edgar Munayar Pulecio.

La Demanda

Con fundamento en la causal primera, cuerpo segundo, el defensor presenta un único cargo en el cual dice que el *ad quem* "incurrió en ERROR DE HECHO, por falso JUICIO DE EXISTENCIA POR OMISION, por cuanto no obstante existir hechos que encarnan la presencia de la DUDA, que acreditan la existencia del IN DUBIO PRO REO, el fallador omitió considerar esta INSTITUCION...".

En desarrollo del cargo reitera que en la sentencia de segundo grado se incurrió en error de hecho por falso juicio de existencia por haber omitido aplicar el principio de *In Dubio Pro Reo*. De no haber incurrido el sentenciador en este error, la sentencia habría sido absolutoria en favor de su cliente. La duda probatoria es evidente y tuvo su génesis en la nocturnidad circunstancia bajo la cual ocurrieron los hechos, que aunada al estado de alicoramiento en que se encontraban los testigos, les impidió una captación real y objetiva del episodio luctuoso.

En un capítulo de la demanda que el actor denomina "PRESENCIA DE LA DUDA", transcribe apartes de algunos testimonios para completar la demostración del cargo.

Solicita a la Corte que case la sentencia impugnada y absuelva a su defendido, con base en la duda probatoria.

Consideraciones de la Sala

1. De entrada se advierte que el libelista no identificó los sujetos procesales, incumpliendo un requisito señalado en el numeral primero del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

2. Pero en realidad no es la anterior la falla fundamental del libelo. Ocurre que en la formulación del cargo el actor confunde la omisión en la consideración de una prueba, con la falta de aplicación de una norma, razón por la cual dice que su ataque es por error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, por cuanto el fallador omitió considerar la institución del *in dubio pro reo*.

El falso juicio de existencia es la denominación que se le da al error consistente en dejar de apreciar una prueba que obra en el expediente, o suponer una que no existe, de manera que cuando se presenta ese reproche el libelista queda obligado a precisar sobre qué prueba recayó el yerro, y a demostrar que si esa falla no se hubiera cometido el resultado habría sido otro.

En el caso del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, -in dubio pro reo-, cuando el sentenciador reconoce la duda pero en lugar de absolver condena, se debe demandar por violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación. Cuando en el fallo se rechaza la existencia de la duda por estimar que hay prueba de certeza, el cargo se tiene que presentar por violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho, (falso juicio de existencia o de identidad), o de derecho, (falso juicio de legalidad o de convicción), como consecuencia de lo cual se llegó a la falta de aplicación de la norma citada.

Como en la demanda que nos ocupa el autor no supo definir el cargo que quería presentar, no pudo orientarse sobre qué debía demostrar, motivo por el cual la sustentación se queda en la repetición de que a su juicio hay duda, y en la cita de algunos apartes de testimonios recibidos, con lo cual en casación equivale a no decir nada, pues lo procedente es la demostración de un error trascendente, no la simple manifestación de un parecer.

Lo dicho es suficiente para concluir que la demanda se debe rechazar in límine.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. Rechazar la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Luis Armando Yepes Liévano, y en consecuencia declarar desierto el recurso interpuesto.

2. En virtud de lo dispuesto por el artículo 197 del Código de Procedimiento Penal, éste auto no es impugnable.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ CASACION

No es pues a manera de una inoportuna retractación como se ventila en sede de casación el fallo proferido para dar por terminado anticipadamente el proceso, puesto que como lo ha reiterado la Sala, si en tal evento no le es permitido al defensor o al procesado recurrir en apelación de la sentencia por motivos diferentes a los previstos en el artículo 37B-4 del Código Procesal Penal, acontece lo mismo con el recurso extraordinario cuando bajo similares presupuestos se demanda en casación.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., martes once (11) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 13563

Aprobado Acta No. 118

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de la procesada Adriana María Restrepo Aristizábal contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional, modificatoria de la emitida por un Juzgado Regional de Medellín, y por cuyo medio le impuso pena de 30 años de prisión al hallarla penalmente responsable de dos delitos de secuestro extorsivo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los hermanos, Roger Eliécer y Yolima Ortega Pérez, ambos menores de edad, fueron privados ilícitamente de su libertad de locomoción por un hombre y una mujer quienes en posesión de un arma de fuego los obligaron a abordar un vehículo automotor de servicio público, tipo taxi, cuando a eso de las 6:00 de la mañana del día 5 de agosto de 1994 salieron de su residencia ubicada en la Carrera 80A No. 35A 6 de la nomenclatura urbana de la ciudad de Medellín, Ant., con rumbo al Centro Educativo donde cursan sus estudios.

Los retenidos fueron conducidos hacia un predio rural del Corregimiento de Santiago, Municipio de Santo Domingo, Ant., de propiedad de la dama que propició su aprehensión, Adriana María Restrepo Aristizábal, lugar en donde permanecieron hasta el momento en que se produjo el rescate por la fuerza pública, a los 15 días de cautiverio, merced a la información suministrada por uno de los integrantes de la banda de plagiarios capturado cuando se le sorprendió comunicándose por teléfono con la familia de los secuestrados, y por cuya liberación se exigió inicialmente la suma de $300.000.000, pedido que luego se rebajó a $15.000.000.

Iniciada la investigación por una Fiscalía Regional de Medellín, vinculó al averiguatorio junto con las otras personas componentes de la pandilla de malhechores a la fémina en mención, a quien por resolución del 30 de agosto de 1994 le resolvió su situación jurídica imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a gozar del beneficio de la libertad provisional. Perfeccionada en lo posible la instrucción y clausurada la etapa investigativa, por resolución del 27 de junio de 1995 se formuló pliego de cargos contra la Restrepo Aristizábal, acusándosele del doble delito de secuestro extorsivo agravado, cometido en concurso con el de concierto para secuestrar.

En la etapa del Juicio la acusada se acogió al mecanismo de la terminación anticipada del proceso, para lo cual reclamó ante el Juzgado Regional que conocía del asunto la aplicación del artículo 37 del Código Procesal Penal, aceptando luego todos los cargos imputados por la Fiscalía Regional en la resolución de acusación. Fue así como por fallo del 10 de octubre de 1995 se le condenó a purgar 341 meses y 20 días de prisión, a cubrir una multa por valor de 150 salarios mínimos legales mensuales, a la interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y a sufragar la suma de 600 gramos oro equivalentes en moneda nacional en favor de los damnificados, a título de indemnización de perjuicios. A la procesada igualmente se le negó en la sentencia el sustituto penal de la condena de ejecución condicional.

Inconforme la justiciable con la decisión que viene de relacionarse la impugnó y el Tribunal Nacional al desatar la alzada, en acatamiento al principio de legalidad de la pena modificó las sanciones principales impuestas en el sentido de adecuarlas al mínimo legal previsto para la ilicitud del secuestro extorsivo agravado, al tiempo que suprimió el incremento punitivo concerniente al concierto para secuestrar, pues consideró que tal injusto no se había tipificado en este caso.

La Demanda

Alega el censor en su lacónico escrito que la acusación a su patrocinada era de "*un solo hecho delictivo (...) el DELITO DE SECUESTRO, y al endilgársele el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, se estaba en frente*

de una doble imputación". Posteriormente agrega que los falladores de instancia no sólo "*desconocieron el principio constitucional que consagra la no agravación punitiva*", sino también el del "*NON BIS IN IDEM*" como quiera que "*asumieron una doble imputación frente a lo que es una sola conducta humana con una sola violación a la ley penal, aun cuando se puede presentar un concurso aparente de tipos penales*", manera de entender lo que en su sentir constituye una situación más gravosa para su asistida al incrementársele la pena, desatendiéndose a los principios de "*especialidad*" y "*subsidiariedad*".

Esos los fundamentos del recurrente para impetrar de la Sala la modificación del fallo "*asumiendo una sola violación a la ley penal tal y como se presentó y admitió por mi defendida en la diligencia de sentencia anticipada, es decir por el delito de SECUESTRO*", a lo cual se suma el "*arrepentimiento*" mostrado por la procesada al admitir el hecho y el ejemplar comportamiento que ha observado tras las rejas.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Con olímpico desconocimiento de los requisitos formales que para toda demanda de casación exige el artículo 225 del Código Procesal Penal en su elaboración y, lo que es peor aún, desatendiendo a los límites que el artículo 37B-4 ibídem le impone tanto al defensor como al procesado en lo atinente al interés para recurrir, el casacionista a manera de escuálido alegato de instancia y no empece advertir que "*Los hechos materia del presente juzgamiento han sido probados*" amén de que se llevó a cabo ante el Juzgado Regional de Medellín "*la diligencia de sentencia anticipada, en la cual la encartada aceptó los cargos formulados por dicho ente judicial*", pretende remover la doble presunción de acierto y legalidad que acompaña la sentencia recurrida.

En efecto, de los requisitos de admisibilidad de la demanda relacionados en la prementada norma, someramente el recurrente identificó la sentencia que dice impugnar por medio del extraordinario recurso, empero omite hacerlo respecto de los sujetos procesales que intervinieron en el debate; también se echa de menos la narración sucinta de los hechos materia de juzgamiento y de la actuación procesal cumplida en las instancias y, para colmo, ni siquiera invoca causal de casación alguna como soporte de la demanda para quebrar el fallo cuestionado, olvidando que en esta sede es elemental hacerlo, "*indicando en forma clara y precisa los fundamentos de ella*" con la citación de los preceptos que se estimen infringidos.

Un total desconocimiento de las reglas en que se funda la presentación del respectivo libelo, es lo que se aprecia en el escrito en cuestión, con evidente desmedro de los principios de concreción y sindéresis a los que se halla sujeta toda demanda de casación para viabilizar el acceso a la impugnación extraordinaria.

Pero aparte de lo ya expuesto, razón más que suficiente para inadmitir el escrito con el cual se pretendió sustentar el recurso, resulta prioritario destacar el hecho de que el impugnante no se encuentra legitimado para recurrir en sede extraordinaria, si se repara en qué consiste su pretensión.

Ciertamente, la inconformidad con los fallos de primero y segundo grados radica en lo que el censor denomina "*doble imputación*" a pesar de que la situación fáctica debatida, según su criterio, "*trataba de un solo hecho delictivo*" cual era el punible de secuestro, mas no el concierto para secuestrar que también se le dedujo en la acusación a la encartada.

Sin embargo, a la hora de atacar el fallo, olvida el recurrente que fue precisamente por iniciativa de la procesada que se anticipó la condena por las tres conductas punibles -incluida la que hoy merece la desaprobación del libelista-, en aplicación de la normatividad que regula el prematuro juzgamiento, sentencia proferida en armonía con la resolución de acusación y acorde con la admisión de responsabilidad que sobre la totalidad de los cargos formulados por la Fiscalía Regional plasmó la acriminada como acto consciente y voluntario en la etapa de juzgamiento.

Es tajante el ordinal 4 del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 12 de la Ley 365 de 1997, al establecer que en tratándose de sentencia anticipada o de audiencia especial, la decisión que pone fin a la instancia puede ser recurrida por el procesado o su defensor, pero únicamente respecto de la dosificación punitiva, el sustituto penal de la suspensión de la ejecución de la sentencia y la extinción del dominio sobre bienes.

Luego entonces, mal podía orientarse la demanda de casación en el sentido de controvertir uno de los cargos aceptado de manera expresa por la procesada, imputación que al final de cuentas el propio Tribunal Nacional desestimó en su fallo -concierto para secuestrar-, y tras ampararse en tan sofisticado argumento dejar entrever el censor en su alegación una reforma peyorativa en desmedro de los intereses de la acusada, cuando lo cierto es que por respeto al principio fundamental de la legalidad de la pena, la sanción principal se adecuó al mínimo punitivo resultante del concurso homogéneo de secuestro extorsivo agravado.

No es pues a manera de una *inoportuna retractación* como se ventila en sede de casación el fallo proferido para dar por terminado anticipadamente el proceso; puesto que como lo ha reiterado la Sala, si en tal evento no le es permitido al defensor o al procesado recurrir en apelación de la sentencia por motivos diferentes a los previstos en el artículo 37B-4 del Código Procesal Penal, acontece lo mismo con el recurso extraordinario cuando bajo similares presupuestos se demanda en casación.

Pero el remedo de demanda es a tal extremo desatinada, que hasta ignora por cuáles delitos fue condenada la acusada pues de bulto está en

el fallo del Tribunal Nacional, que el cargo por concierto para secuestrar fue desestimado con la obvia repercusión en la tasación de la pena.

Por modo que, a fuerza de no cumplir el libelo examinado con ninguno de los requisitos de admisibilidad relacionados en el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, pero por sobre todo, por carecer el censor de interés para recurrir en el asunto *sub lite*, se torna imperativo rechazar la demanda que ocupa la atención de la Sala y por contera declarar la deserción del recurso.

En razón y mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada por el defensor de la procesada Adriana María Restrepo Aristizábal, contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional. En consecuencia, se declara DESIERTO el recurso extraordinario interpuesto.

Por alcanzar su ejecutoria al momento de suscribirla, esta decisión es inimpugnable de acuerdo con lo previsto en los artículos 197 y 226 del Código Procesal Penal.

Cópiese, cúmplase y devuélvase

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEBIDO PROCESO/ INDEMNIZACION-Oportunidad

Si el procesado puede poner fin al proceso, indemnizando en los eventos aludidos por el artículo 39 del estatuto, y si el mismo motivo no extingue la pena, es porque la lógica del proceso supone que ello se produzca antes de que se defina la relación sustancial. Y esto no ocurre, como se dijo en la decisión recurrida, frente a causales objetivas que dependen de hechos ajenos a la voluntad del acusado, y que, agréguese, son también causas de extinción de la pena, que no solamente de la acción.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Proceso 9660

Aprobado Acta No. 119

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por el sentenciado José Gonzalo Villamarín Valero contra la providencia del 21 de julio del año en curso, por medio de la cual se le negó la solicitud de cesación de procedimiento por indemnización integral respecto del delito de estafa agravada.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Considera el recurrente que la providencia en cuestión vulnera sus derechos Constitucionales y Legales, por las siguientes razones:

1. La Sala de Casación no accedió a su pedimento, pese a que la Ley prevé que la indemnización integral se puede hacer en la etapa de investigación o en la del juicio.

2. Contrario a la afirmación que se hace en la providencia recurrida de que '...en casos como éste que no revelan sino el incumplimiento de un fallo, no se puede dar lugar al patrocinio a una burla de la sentencia', jamás ha sido su pretensión burlarse de las decisiones judiciales, sino

que ha afrontado la situación en virtud de que es inocente de los cargos que se le atribuyeron.

3. La indemnización integral la efectuó dentro de la etapa del juicio y para que una sentencia adquiera firmeza de cosa juzgada, debe estar debidamente ejecutoriada dentro de los términos que señala la Ley y la Constitución y no se pueden reducir a costa de su libertad, sino que debe aplicarse la norma más favorable al procesado.

4. El cese de procedimiento invocado, procede en la etapa del juzgamiento de acuerdo al artículo 7° de la Ley 81 de 1993; que como ésta comprende desde la ejecutoria de la resolución de acusación hasta la ejecutoria de la sentencia, le daba la oportunidad procesal de solicitarlo respecto del delito de estafa. En lo que tiene que ver con los demás delitos, acatará el cumplimiento de la sentencia, pese a que se le negó el subrogado de la condena de ejecución condicional "a sabiendas" de su inocencia.

5. Reitera que el pago integral de la indemnización a la afectada lo realizó porque la sentencia no había quedado en firme y no hacía tránsito a cosa juzgada. Por ende solicita se corrija ese impase por considerar que va contra el derecho y la ley adjetiva penal.

Con fundamento en lo anterior solicita la revocatoria de la providencia recurrida.

CONSIDERACIONES

1. Como se dejó claro en la decisión recurrida, es deber del funcionario judicial entrar a interpretar el texto de la ley y la naturaleza de la solicitud en aras a determinar su procedencia, máxime cuando ésta consagre derechos para las partes cuya viabilidad dependa del cumplimiento de una serie de requisitos.

En este caso en particular, la Sala no desconoce, ni ha desconocido, que cuando se presentó la solicitud de cesación de procedimiento aún no se había ejecutoriado la sentencia de casación, y así se dejó aclarado en la decisión objeto de censura. De ahí, la competencia de la Corporación para entrar a pronunciarse acerca de la petición.

2. El proceso es actividad gradual, progresiva y coherente. La serie de actos que lo componen responden a un orden en el tiempo, a un orden lógico y a un orden teleológico. No pueden desarrollarse todos en cualquier tiempo, ni todos al mismo tiempo. Tampoco pueden prescindir de la existencia de unos que los preceden, o producirse con posterioridad a aquellos que marcan los límites de las etapas o fases en que se desenvuelve. Finalmente, los actos procesales tienen su razón de ser en su destino común, que es la sentencia definitiva porque resuelve la cuestión sustancial; por ello los actos inútiles o impertinentes deben ser desestimados.

3. Dentro de los principios que orientan el proceso, está el de preclusión o preclusividad de sus etapas. Este no se manifiesta como un simple obstáculo a la actividad procesal (acepción amplia o, como la denominan algunos, empírica) sino en 2 perspectivas concretas:

a) Hay actos que, al cumplirse, hacen incompatible la existencia de otros subsiguientes;

b) Hay actos que, de incumplirse, hacen incompatible el derecho a realizar otro u otros subsiguientes.

4. Toda las instituciones previstas en el proceso deben ser interpretadas conforme a los anteriores criterios y a otros principios que les dan consistencia, que las explican y que permiten hallar su finalidad. Esa sujeción es la que lo sistematiza y a partir de ella se construye su estructura. Los términos o plazos, los recursos, las formas de terminación anormal del proceso, el ejercicio de los derechos de las partes, las cargas procesales, el aporte o petición de pruebas, las posibilidades de su controversia, son todas, sin excepción, actividades y poderes que se realizan dentro de un contexto determinante para su admisibilidad y prosperidad.

5. De acuerdo con lo anterior, el aspecto que acá se impugna -o sea la negativa a cesar procedimiento por indemnización integral- no es una cuestión que pueda resolverse con apoyo en el concepto de duración del juicio (criterio cronológico), de favor rei (que no es lo mismo que el principio de favorabilidad invocado) o con base en la vigencia del término de notificación y ejecutoria de la sentencia de casación. El punto, y en eso insiste ahora la Sala, radica en la naturaleza del acto que se demanda (cesación de procedimiento) y en su incompatibilidad con el hecho de haberse proferido la sentencia definitiva que, por ser tal, decidió la cuestión de fondo. Ella no admite recurso alguno en su contra y precluye toda posibilidad de incorporar nuevas cuestiones al debate, de retraer la actuación, o de retomar los debates que ya se decidieron.

6. La sentencia de casación marca el límite definitivo de los actos de parte que pueden afectar la relación jurídica sustancial que en ella se resuelve, salvo en los casos en que la propia ley procesal impone una oportunidad o un plazo anterior a ella. Eso fue lo que sostuvo la Sala en la providencia recurrida y esa la razón para negar los efectos extintitivos que frente a la acción penal tiene el pago de la indemnización integral. Esa interpretación del momento preclusivo para el ejercicio de la potestad consagrada en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, y de los efectos sustantivos y procesales que produce, surge de la racionalidad del proceso en tanto el mismo se guía por los principios ya explicados y su orden, su decurso, está impuesto por esa racionalidad.

Si el procesado puede poner fin al proceso, indemnizando en los eventos aludidos por el artículo 39 del estatuto, y si el mismo motivo no extin-

gue la pena, es porque la lógica del proceso supone que ello se produzca antes de que se defina la relación sustancial. Y esto no ocurre, como se dijo en la decisión recurrida, frente a causales objetivas que dependen de hechos ajenos a la voluntad del acusado, y que, agréguese, son también causas de extinción de la pena, que no solamente de la acción.

De ahí surge la afirmación hecha por la Sala con respecto al oportunismo del acto y la burla a la sentencia, que no contiene un reproche de contenido moral, como parece que pudo haberlo entendido el recurrente, sino un cuestionamiento jurídico al momento en que se hizo el pago y al efecto que terminaría produciendo.

De no admitirse así, se dejaría abierta la posibilidad de que las partes hicieran uso de este mecanismo en la oportunidad más arbitraria so pretexto de que es conveniente a sus intereses y en detrimento de la estructura propia del Procedimiento Penal.

Por ello, frente a lo inoportuno de la declaración de indemnización integral de los perjuicios, la Sala no accederá a la solicitud de revocatoria de la providencia del pasado 21 de julio del año en curso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

NO REVOCAR la providencia del 21 de julio del año en curso, por medio de la cual se negó al sentenciado José Gonzalo Villamarín Valero, la solicitud de cesación de procedimiento.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Wanda Fernández León, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JUSTICIA PENAL MILITAR/ ACCESO CARNAL VIOLENTO

Para la existencia del fuero militar no basta con que se tenga la calidad de miembro activo de la fuerza pública al ejecutar el hecho punible, sino que es necesario, además, que el delito esté sustancialmente ligado con la actividad militar o policial desarrollada por el sujeto agente.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., agosto doce (12) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 11907

Aprobado Acta No. 119

VISTOS

Resuelve la Sala sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Robert Galvis Vargas, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, confirmatoria de la dictada por el Comando de la Fuerza Naval Fluvial de la Armada Nacional, que actuando como juez de primera instancia, condenó al aquí recurrente a la pena principal de dos (2) años de prisión y a las accesorias de separación absoluta de las fuerzas militares, interdicción de derechos y funciones públicas y suspensión de la patria potestad por el término de dos años, como autor responsable del delito de acceso carnal violento.

I. HECHOS

El Procurador Delegado los resumió así:

"El treinta de noviembre de mil novecientos noventa y dos, en las horas de la tarde, una patrulla integrada por miembros del Ejército Nacional y la Armada Nacional se presentaron al sitio denominado Isla Medellín, ubicado a las orillas del río Magdalena dentro de la circunscripción del Municipio de San Pablo, departamento de Bolívar, con el fin de realizar un operativo contraguerrillas.

"Una vez en el sitio, el suboficial de la Armada Nacional Robert Galvis Vargas entró a la habitación de la familia Paguena y allí comenzó a molestar a Antonia Paguena Salas, menor de quince años de edad, a quien posteriormente condujo a un platanal en donde la amenazó con una bayoneta y la obligó a desvestirse, para luego accederla carnalmente y regresar al desarrollo de sus labores oficiales".

II. Actuación Procesal

La madre de la ofendida formuló denuncia ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Pablo, despacho que adelantó investigación previa, en el curso de la cual practicó algunas diligencias y allegó otras pruebas.

En este estado de la actuación, el Comandante de la Flotilla Fluvial del Magdalena dirigió un oficio al Juez Promiscuo Municipal de San Pablo en el cual le solicitó la remisión de las diligencias, aduciendo que "le corresponde es al juez de Instrucción Penal Militar por cuanto se trata de un supuesto delito en el cual se quiere involucrar a personal de las Fuerzas Armadas". El Juzgado accedió a dicha solicitud y ordenó el envío de lo actuado al Juez de Instrucción Penal Militar con sede en Barrancabermeja.

El Juzgado Veinticuatro de Instrucción Penal Militar dispuso continuar con la práctica de diligencias previas, y posteriormente decretó la apertura de la investigación a la que ordenó vincular mediante indagatoria al suboficial Robert Galvis Vargas, quien al rendir su injurada estuvo asistido por un profesional del derecho. Su situación jurídica fue resuelta con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de acceso carnal violento.

Perfeccionada la investigación, se remitió el expediente al Comando de la Fuerza Naval Fluvial, unidad que avocó el conocimiento del asunto, dispuso la evacuación de otras pruebas y declaró su competencia "teniendo en cuenta a que este Comando se le señaló la equivalencia de Fuerza Naval mediante Resolución Ministerial No. 01170 del 5 de junio de 1992, que antecede".

Cerrada la investigación, el Comando de la Fuerza Naval Fluvial, como juez de primera instancia, dictó la Resolución No. 007 de septiembre 4 de 1995 mediante la cual se convocó un consejo de guerra sin intervención de vocales para juzgar al suboficial Robert Galvis Vargas por el delito de acceso carnal violento.

Finalizado el consejo de guerra, se dictó sentencia condenatoria de primera instancia en los términos anteriormente reseñados, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior Militar al resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado y por su defensor.

III. La Demanda

Primer Cargo

Con invocación del numeral 3 del artículo 442 del Código Penal Militar, el actor solicita que se case la sentencia recurrida por haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad desde el auto de mayo 11 de 1995, por medio del cual el Comando de la Fuerza Naval Fluvial de la Armada Nacional avocó el conocimiento del proceso, pues tal funcionario no era el competente para ello en tanto que la ley asigna el conocimiento de estos asuntos al Ayudante general del Cuartel general del Comando de la Armada.

El capítulo IV del Título II del Código Penal Militar establece los jueces de primera instancia para la Armada Nacional, fuerza a la que pertenece el procesado, adscrito a la Fuerza Naval Fluvial "que es una dependencia de la Fuerza Naval".

El artículo 336 del Código Penal Militar asigna al Ayudante General del Cuartel General del Comando de la Armada, el conocimiento en primera instancia de los procesos penales militares "contra suboficiales del Cuerpo General del Comando de la Armada y de la Dirección General Marítima y Portuaria, y contra suboficiales de la Armada cuyo conocimiento no esté atribuido a otro juez".

Como la competencia para el proceso que se sigue en contra del procesado no está atribuido a otro juez, debe conocer de ella el Ayudante General del Cuartel General del Comando de la Armada Nacional.

El juzgamiento hecho por funcionario incompetente, lesiona el principio del juez natural, y vulnera los artículos 11 y 291 del ordenamiento castrense, así como el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución Nacional.

En consecuencia solicita que se case la sentencia y se remita el proceso al juez competente de primera instancia, ya indicado.

Segundo Cargo

De manera subsidiaria, y con apoyo en la causal primera contenida en el artículo 442 del Código Penal Militar, solicita que se case la sentencia del Tribunal, porque en su criterio es violatoria de la ley sustancial por vía directa, en razón a que el juez penal militar "se atribuyó el conocimiento de un delito, como es el acceso carnal violento, que la ley no le asigna".

Aduce que el expediente debe remitirse a la Fiscalía General de la Nación, Seccional Barrancabermeja, a fin de que allí se tramite el procedimiento a partir del auto de mayo 17 de 1993 -mediante el cual se abrió la investigación- bajo los parámetros consagrados en los artículos 486 a 500 del Código Penal Militar en armonía con el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal ordinario.

Señala que el Código Penal Militar no tipifica los delitos contra la libertad y el pudor sexuales y por ello las autoridades militares carecen de competencia para su juzgamiento; conocimiento que está asignado a los jueces penales del circuito y a la fiscalía seccional en el artículo 72 del código de Procedimiento Penal, norma que resultó infringida en el presente asunto.

Tercer Cargo

También de manera subsidiaria, y con apoyo en la causal tercera de casación, el censor ataca la sentencia de segunda instancia por "vicios de nulidad del proceso por incompetencia del juez fallador (art. 464/1C. P. Militar; art. 304/1 C.P. Ordinario)".

Solicita que se case la sentencia, se declare la nulidad de la actuación a partir del auto de enero 19 de 1993 mediante el cual el Juez Promiscuo Municipal de San Pablo, ordenó enviar el expediente al Juzgado 24 de Instrucción Penal Militar, y se remita el proceso a la Fiscalía General de la Nación, Seccional Barrancabermeja, para que por competencia, adelante la investigación pertinente y continúe el trámite conforme a derecho.

El proceso está viciado de nulidad porque en su desarrollo se han desconocido claros preceptos constitucionales del debido proceso en sus modalidades de ley preexistente al acto que se imputa, juez o tribunal competente y las formas propias de cada juicio.

Ley preexistente al acto que se imputa: En el Código Penal Militar no existe el punible de acceso carnal violento. Los delitos contra la libertad y el pudor sexual están tipificados en el Ordenamiento Penal Ordinario en su Título XI. "Los delitos sexuales no han sido incluidos en el ordenamiento castrense simplemente porque ellos no pueden ser cometidos por miembros de la Fuerza Pública por razón y con ocasión del servicio. En otras palabras: cuando un miembro de las Fuerzas Militares, en servicio activo, adecua su conducta a uno de esos comportamientos, conocidos en nuestro Ordenamiento Penal Ordinario, como delitos contra la libertad y el pudor sexuales: este sujeto no puede ser procesado y juzgado por la Justicia Penal Militar..."

Podría pensarse que el canon 221 Constitucional estaría otorgando facultad a las Cortes Marciales para juzgar a miembros de la Fuerza Pública que incurran en la comisión de los hechos punibles que vienen en comento, pero ello no es así. Si analizamos el contenido de la norma en cita -transcribe el texto-, debe observarse que el mandato Constitucional es muy claro al precisar que las Cortes Marciales podrán juzgar a los miembros de la Fuerza Pública cuando éstos cometan delitos que estén relacionados con el mismo servicio y que estén previamente previstos en el Código Penal Militar.

Juez o tribunal competente: El artículo 29 de la Constitución Nacional, al establecer el debido proceso, dispone que nadie podrá ser juzgado sino

ante juez o tribunal competente. Advierte que, cuando su defendido "fue procesado y juzgado por juez que no es competente para ello, se violaron estos preceptos constitucionales y legales", porque "el juez natural del condenado en el sub examen lo era el Juez Penal del Circuito de Barrancabermeja por expreso mandato de la norma contenida en el artículo 72 del Código de Procedimiento Penal".

Las formas propias de cada juicio: En el derecho penal Colombiano, en los actuales momentos, estamos ante dos sistemas de juzgamiento: el inquisitivo, y el acusatorio recientemente implantado para el derecho penal ordinario mas no para la justicia especializada en lo penal-militar en la que aún se emplea el viejo y obsoleto sistema inquisidor.

Cada uno de estos sistemas tiene las formas que le son propias tanto para la instrucción como para el juzgamiento y el delito de acceso carnal violento tipificado en el artículo 298 del Código Penal ordinario, por ese hecho debe ser juzgado según las formas propias del sistema acusatorio que es el que gobierna y rige en materia penal ordinaria independientemente de quien sea el sujeto activo de la acción criminosa.

El procesado fue acusado de la comisión del delito ya referido que se encuentra tipificado en el Código Penal ordinario y no obstante fue juzgado conforme a las formas propias del sistema inquisitivo con errónea interpretación del artículo 221 de la C.N. y desconocimiento del art. 72 del C. de P.P.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere a la Corte desestimar la demanda presentada, pero casar OFICIOSAMENTE la sentencia, declarar la nulidad de lo actuado por las autoridades penales militares y ordenar la remisión del expediente a la Fiscalía Seccional competente a fin de que allí se reponga lo ilegalmente tramitado.

Notorios errores de técnica presenta la formulación de los dos últimos cargos subsidiarios presentados en la demanda. La razón suficiente para no entrar en el estudio de fondo de las censuras radica en lo siguiente:

El segundo de los ataques se fundamenta en la causal primera de casación, señalándose en el libelo la vía directa. Sin embargo lo que se arguye para procurar la ruptura del fallo, es la incompetencia del juzgador, porque según opinión del censor, "los delitos tipificados en el Código Penal ordinario son conocidos, para instrucción y juzgamiento, por la Justicia Penal ordinaria". Planteamiento que indudablemente corresponde a la causal tercera de casación, pues la incompetencia está contemplada en la ley como una causal de ineficiencia de los actos procesales, esto es, de nulidad.

El tercer cargo, sustentado este sí en la causal tercera, regresa sobre el tema de la competencia "pero entonces el censor se entiende relevado -no se sabe por qué causa- de demostrar las razones de su postulado, según el cual la actuación debe anularse desde el mismo momento en el que el Juez Promiscuo Municipal ordenó el envío del expediente a la jurisdicción penal militar. La falta de demostración de este cargo y la imprecisión de las razones en él esbozadas, atenta contra su prosperidad, pues lo escrito en el libelo no es suficiente, a juicio de esta Delegada, para estudiar en el fondo el asunto". Agrega, que se predica la incompetencia del juzgador y "la facultad de investigar se asigna al Juzgado Promiscuo Municipal de San Pablo, sin razones".

En el primer cargo el censor afirma que otro juez penal militar era el competente para dictar la sentencia como juez de primera instancia. Siendo pues un solo tema el debatido en los tres cargos y además que los dos subsidiarios no se ajustan a la técnica propia del recurso, "la Delegada responderá la demanda a través de las consideraciones atinentes a la competencia del proceso, la que en su concepto, no corresponde tampoco a la jurisdicción penal militar".

No le asiste razón al libelista en el primer cargo formulado, pues la interpretación que él hace de las normas que gobiernan la competencia dentro de la justicia penal militar, no se ajusta a la letra misma de las disposiciones ni a las novedades a las que dio origen la creación y funcionamiento de la Fuerza Naval Fluvial.

Al expediente se aportó copia de las disposiciones número 006 de mayo 14 de 1992 expedida por el Comandante de la Armada Nacional, cuyo artículo 1° dispuso: "SEÑALASE a la Fuerza Fluvial, activada mediante Disposición No. 09 de agosto de 1989, la equivalencia correspondiente a Fuerza Naval". Esta fue aprobada por la Disposición No. 01B del 27 de mayo de 1992 emitida por el Comandante General de las Fuerzas Militares y posteriormente a través de la Resolución No. 04170 del 5 de junio de 1992 emanada del Ministerio de Defensa Nacional.

Según estos actos administrativos, cuya legalidad se presume, la Fuerza Naval Fluvial adquirió, para todos los efectos legales, la categoría de Fuerza Naval y así quedó dentro de la estructura de la Armada Nacional, calidad que se le concedió con anterioridad a la comisión del hecho investigado.

Transcribe el texto del artículo 337 del Código Penal Militar que le asigna la competencia a algunos jueces penales militares, para destacar que de acuerdo con esta norma, siendo la Fuerza Naval Fluvial una Fuerza Naval por disposiciones administrativas debidamente aprobadas, su Comandante conoce en primera instancia de los procesos penales militares contra suboficiales -tal era el grado del procesado- bajo su mando.

De esta forma, habiendo asumido el conocimiento del asunto el Comando de la Fuerza Naval Fluvial como juez de primera instancia, ninguna irregularidad puede imputarse a la actuación desde este punto de vista, pues no es cierto -como lo afirma el censor- que el acusado ha debido ser juzgado por el Ayudante General del Comando de la Armada de acuerdo con el artículo 336 antes citado, pues tal funcionario tiene competencia para juzgar a los suboficiales solamente en los casos en que tal facultad no esté atribuida a otro juez.

Por las razones antes expuestas estima que la demanda debe ser desestimada.

CASACION OFICIOSA: Considera el Procurador que se impone la casación oficiosa del fallo a fin de que la Corte anule lo actuado a partir del auto de enero 19 de 1993 en el que se dispuso la remisión del expediente a las autoridades penales militares, dejando a salvo las pruebas practicadas, y ordene la remisión de la actuación a la fiscalía seccional que corresponda.

De conformidad con lo previsto en los artículos 221 de la C.N. y 1° del Acto Legislativo No. 02 de 1995, el fuero previsto en la norma constitucional solamente cobija a los miembros de la fuerza pública cuando se encuentren en servicio activo y hayan incurrido en infracción a la ley penal en relación con ese servicio activo.

Para determinar si un delito cometido por un militar en servicio activo se encuentra relacionado con el mismo servicio, se han de examinar las atribuciones y deberes del militar imputado y la forma como estos fueron desarrollados o cumplidos por el agente, determinando si la conducta constitutiva del delito es producto de un ejercicio desviado o excesivo del poder militar.

Si se conservan esas conexiones entre el servicio activo, funciones y desviación o extralimitación de ellas, el funcionario se encontrará frente a un delito relacionado con el servicio y por tanto de competencia de los Tribunales Militares; por el contrario, si el ilícito no es resultado de un desvío o exceso del poder militar, o no pertenece al ámbito de las funciones militares, se tratará de un delito común en el que el servidor público actúa como un particular y por consiguiente, la competencia de juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Es bajo esta perspectiva que debe entenderse el fuero militar de juzgamiento, porque la Carta no lo asigna a ilícitos cometidos con ocasión del servicio o en una relación meramente circunstancial con él, sino dentro de los precisos límites de la relación con el mismo servicio, esto es, en conexión con las funciones propias del servicio militar.

Es por ello que no se comparte la contradictoria decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, cuyo

texto transcribe, pues en la posición allí adoptada, la extensión del concepto relación a situaciones que quedan por fuera del ámbito propio de la función militar, en tanto que amplia la protección foral a aquellas conductas ligadas con el servicio activo con simple carácter circunstancial, rompe los principios de unidad jurisdiccional e igualdad que se establecen como fundamento del ejercicio del poder estatal en la Constitución Política.

Establecidos estos alcances del fuero militar, fácilmente se advierte que la conducta delictiva que dio origen a este proceso no se desarrolló en relación con el servicio militar ni como expresión del ejercicio desviado o excesivo del poder militar. Se trata de un delito de acceso carnal violento al que se sometió a una ciudadana menor de edad por fuera de cualquier atribución o deber que en el momento impusieran al suboficial GALVIS VARGAS una tal acción o determinaran una tal consecuencia.

El Procesado actuó por fuera de los contenidos de su función; su acto delicuencial no fue una simple extralimitación de funciones (ninguna función suya -ni de ningún militar- le permitía lesionar la libertad sexual de la ofendida) o un ejercicio desviado de ellas, pues tampoco dentro del ámbito militar general se prevé como propio del servicio de la fuerza pública el causar daño a los bienes jurídicos de los particulares.

El acceso carnal materia del proceso no conserva con el servicio más que una relación circunstancial, que impide el surgimiento del fuero constitucional de juzgamiento, reservado a aquellas conductas cometidas en relación con el servicio; la investigación y juzgamiento del proceso correspondía a la jurisdicción ordinaria, por lo que al haberse tramitado ante la instancia militar genera una nulidad insaneable prevista como tal en el numeral 1° del artículo 304 del C. de P.P. (incompetencia del juez).

V. Consideraciones de la Corte

1. El casacionista formula dos cargos por nulidad: el primero por considerar que otro juez militar era el competente para dictar sentencia de primer grado, y el tercero por incompetencia de la justicia penal militar para conocer del proceso. En el segundo cargo plantea violación indirecta de la ley sustancial.

Dada la naturaleza y alcance de la nulidad que de manera equivocada propone el demandante como subsidiaria en el tercer cargo, su estudio se impone prioritariamente, pues de prosperar se haría inane el análisis de fondo de los otros dos reproches. Por tal razón se procederá a ello.

2. Al amparo de la causal tercera de casación, el censor sostiene que el proceso está viciado de nulidad por incompetencia del juez (causal de nulidad consagrada en los artículos 464 numeral 1 del Código Penal Militar y 304 numeral 1 del Código Penal ordinario), porque en su desarrollo se

desconoció el debido proceso (artículo 29 de la C.N.) en sus modalidades de ley preexistente al acto que se imputa, juez o tribunal competente y las formas propias del juicio. Igualmente acusa errónea interpretación del artículo 221 de la Carta Política y desconocimiento del artículo 72 del Código de procedimiento Penal, normas constitucionales y legales que se vulneraron cuando su defendido fue procesado y juzgado por juez que no era competente para ello.

Estima el libelista que la competencia para conocer del proceso seguido contra su representado, por el delito de acceso carnal violento, corresponde a la justicia penal ordinaria y no a la penal militar, porque los delitos contra la libertad y el pudor sexuales, "no pueden ser cometidos por miembros de la fuerza pública por razón y con ocasión del servicio" Si se analiza el texto del artículo 221 de la Carta Política, debe observarse que el mandato constitucional que transcribe, "es muy claro al precisar que las cortes marciales podrán juzgar a los miembros de la Fuerza Pública cuando estos cometan delitos que estén relacionados con el mismo servicio...".

En consecuencia, solicita que se case la sentencia recurrida y se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto de fecha enero 19 de 1998, mediante el cual el Juzgado Promiscuo de San Pablo ordenó remitir el proceso al Juez 24 de Instrucción Penal Militar y se envíe el mismo a la Fiscalía General de la Nación, Seccional Barrancabermeja, para que por competencia adelante la investigación pertinente y continúe el trámite conforme a derecho.

La Sala encuentra que las razones esbozadas por el impugnante para fundamentar la nulidad planteada, resultan suficientes para entrar en el estudio de fondo de la censura, y por ello no comparte la apreciación contraria que sobre el particular hace el Procurador.

3. En relación con el reproche, lo primero que cabe recordar es que la Sala reiteradamente ha precisado que son dos las condiciones que el artículo 221 de la Carta Política establece para que la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública sea de conocimiento de la justicia penal militar: a) Que el imputado al ejecutar la conducta ilícita se encuentre en servicio activo; b) Que el delito guarde relación con el servicio.

Lo anterior quiere decir que para la existencia del fuero militar no basta con que se tenga la calidad de miembro activo de la fuerza pública al ejecutar el hecho punible, sino que es necesario, además, que el delito esté sustancialmente ligado con la actividad militar o policial desarrollada por el sujeto agente.

En el caso que nos ocupa, no se discute la calidad de miembro activo de la fuerza pública del procesado Robert Galvis Vargas. Su condición de Cabo Primero de Infantería de Marina al momento de cometer el hecho quedó establecida en el proceso (fol. 100).

El reproche se presenta en relación con la segunda exigencia, esto es, la relación que debe haber entre la conducta punible y el servicio prestado, tema sobre el cual se acreditó lo siguiente: el grupo de militares llegó hasta la humilde vivienda de la víctima, en donde ella se encontraba con su padre, dos hermanos menores y dos sobrinos, uno de ellos de un mes de nacido. Luego de preguntarles por un motor que dijeron que se había perdido, y por unas armas, se llevaron a su progenitor aduciendo que debía acompañarlos a buscarlas, oportunidad que aprovechó el acusado para llevar a Antonia al monte, procurando que sus compañeros no se dieran cuenta, y mediante violencia abusó sexualmente de ella, para luego regresar a reintegrarse al grupo.

La Corte ha dicho que cuando se habla de relación con el servicio se está haciendo referencia al nexo que debe existir entre el acontecer delictivo y la actividad militar, que sólo puede ser calificada como tal cuando se realiza mediante actos propios del servicio o en estricto cumplimiento de las órdenes impartidas por quien ejerce la función de comando. En estas condiciones, el Militar, que aun estando en servicio activo, se aparta de las funciones relacionadas con dicho servicio para dedicarse a ejecutar comportamientos delictivos ajenos a él, no goza del fuero constitucional.

Así las cosas, es evidente que la conducta que se atribuye al procesado por el delito de acceso carnal violento al que sometió a la joven menor de edad no guarda relación alguna con la misión militar que le fue encomendada, la cual, como bien lo destaca el Procurador, se restringía a las propias de la lucha antiguerrillera, que le imponía el deber de desarrollar actos dirigidos al mantenimiento del orden público, la repulsa de ataques, la inspección e incautación de armas y otros objetos de prohibida tenencia, es decir, a todo aquello que sirviera a las finalidades de la misión, ninguno de los cuales puede implicar el atropello a la libertad sexual de las personas.

La conducta endilgada al Procesado Galvis Vargas es fruto de una decisión particular, de cuenta propia, y completamente inconexa con el servicio encomendado.

4. El Tribunal Militar negó la declaratoria de nulidad por falta de competencia de la justicia penal militar para conocer de este asunto, solicitada por la Fiscal Octava de esa Corporación, con el argumento de que el punible objeto de investigación y juzgamiento fue cometido por el procesado cuando se encontraba en servicio activo en la Armada Nacional, y ocurrió por causa y con ocasión del servicio que prestaba el día de autos, "pues fue la oportunidad de la función y su condición de militar las circunstancias que le facilitaron la comisión del ilícito; de esa relación es de donde se desprende el aspecto foral que contempla el canon constitucional del art. 221".

La simple oportunidad surgida del servicio no es lo que determina la competencia, e incluso carece de importancia cuando no hay relación entre el delito y el servicio. Tal es justamente la hipótesis que en este asunto se da, en donde el acriminado aprovechó su presencia en el lugar con fines militares, para cometer un delito totalmente ajeno a esos fines.

Razón le asiste al casacionista al atacar la legalidad de la sentencia por incompetencia de la justicia penal militar, y por ende el cargo prospera.

5. En cuanto a la petición del actor y de la Delegada, de que la nulidad se decrete a partir del auto de diciembre 19 de 1993, mediante el cual se ordenó la remisión del expediente a las autoridades Militares, y no desde su clausura, se impone recordar que sobre este particular aspecto la Sala ha precisado lo siguiente:

"Para poder determinar la existencia del fuero que surge de la relación del hecho punible con la actividad desarrollada, será necesario conocer las circunstancias en las cuales se comete el ilícito, y si esta labor se cumple dentro de una investigación formal, no deja de ser un contrasentido que habiéndose iniciado y advertido a través de ella que tal aforo no existe, como acontece en el caso que nos ocupa, la actuación cumplida hasta ese momento, en procura de su demostración, deba invalidarse por incompetencia. Lógico es, entonces, que la validez de la actuación se mantenga, y que el funcionario competente continúe el trámite, sin invalidar lo actuado, razón de sujo suficiente, para concluir que si este estadio procesal ha sido superado, es a partir del cierre de la investigación que la actuación sería irrita. (Sentencia de septiembre 18 de 1996. M.P. Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll)".*

El criterio expuesto es aplicable al caso en estudio, pues los elementos para determinar la competencia se clarificaron durante el sumario, de manera que esa etapa queda a salvo, excluyendo lo actuado a partir del cierre de la investigación inclusive, momento a partir del cual se anulara el proceso.

6. Al prosperar esta censura, por sustracción de materia se torna innecesario el estudio de las otras censuras formuladas.

En mérito de lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal-*, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: CASAR la sentencia impugnada.

Segundo: DECRETAR LA NULIDAD del proceso a partir inclusive del auto de cierre de la investigación, por incompetencia de la justicia penal militar, conservando validez las pruebas practicadas.

Tercero: Remítanse las diligencias a la Unidad Seccional de Fiscalías de Simití (Bolívar), por competencia, e infórmese esta decisión al Tribunal Militar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, salvó voto; *Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto y consideración por la opinión mayoritaria adoptada por la Sala de Casación Penal, no puedo compartir por la razones que adelante expongo, la decisión de casar la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó al Suboficial de la Armada Nacional Robert Galvis Vargas como autor responsable del delito de acceso carnal violento en una joven menor de edad, cuando dicho Suboficial cumplía misión de patrullaje. La nulidad que tanto el defensor como el Ministerio Público y finalmente la H. Sala han encontrado se presenta en autos es la denominada incompetencia de jurisdicción al haber juzgado la conducta delictiva y condenado por ella al procesado la Jurisdicción Penal Militar y no la Ordinaria a la que finalmente, se ordena remitir la actuación, reconociendo en la Fiscalía General de la Nación la competencia para cerrar la investigación y calificar el mérito del sumario.

Son razones para fundamentar mi disenso las siguientes:

1. El artículo 221 de la Constitución Nacional modificado por el Acto Legislativo No.02 de 1995 dispone:

"De los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro" -negrillas fuera del texto.

1.1. Para efectos de este salvamento de voto me ocuparé principalmente del significado que para mí tienen las expresiones del canon constitucional destacadas en negrilla; vale decir, "...y en relación con el mismo servicio.." y "...con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

Antecedió al artículo 221 de la Constitución de 1991 el 170 de la Constitución de 1886 que a la letra disponía:

"De los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

De modo que tanto la antigua disposición constitucional, -la del artículo 170 de la C.P. de 1886- como la del artículo 221 actual, consagraron el fuero militar; la primera para los militares en servicio activo y por delitos "en relación con el mismo servicio". La actual disposición constitucional -art.221- conservó el fuero extendiéndolo a todos los integrantes de la Fuerza Pública de modo expreso; para los delitos cometidos "en relación con el mismo servicio" conservando ambas normas constitucionales de modo idéntico, tanto en la antigua como en la vigente la expresión mandatoria de "con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar".

Así las cosas, para establecer si un delito, cometido por un militar en servicio activo, está o no relacionado con el mismo servicio, impónese también considerar, como un todo, para una interpretación sistemática de la ley, la referencia constitucional mandatoria "con arreglo al Código Penal Militar", porque en verdad ni la antigua como tampoco la actual Constitución Nacional se ocupan del señalamiento de los delitos de conocimiento de esta jurisdicción especial, la militar, sino que se exige que esos delitos de su conocimiento estén "en relación con el mismo servicio" como se predica en los cánones constitucionales de manera invariable.

2. La expresión con arreglo a lo dispuesto por el Código Penal Militar que se utiliza por el Legislador Constitucional implica que la normatividad superior ha diferido al Código Penal Militar, de manera única y sin excepción, y de forma completa tanto en lo sustantivo como en lo procedimental o adjetivo que sea la mencionada codificación la que se ocupe por definir primero los delitos y establecer los procedimientos para el juzgamientos de los miembros de la Fuerza Pública.

Y, en consecuencia, el Código de Justicia Penal Militar, Título I, que consta de un Capítulo y éste de un artículo, el 14, se ocupa del ámbito de aplicación de la ley militar y como principio, epígrafe del artículo 14 ya citado dispone:

"Art.14. Principio. Las disposiciones de este Código se aplicarán a los militares en servicio activo que cometan **hecho punible militar o común relacionado con el mismo servicio**, dentro o fuera del territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el Derecho Internacional. También se aplicarán a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional". (Negrillas ajenas al texto legal).

Otros dos artículos de la Codificación Castrense, el 15 y el 13 se ocupan en su orden por clasificar los hechos punibles para dividirlos en delitos y faltas, conservando la división bipartita de las infracciones a la ley penal y, agrega el artículo 15 que: "Son delitos militares los descritos en este Código". El artículo 13 recoge el principio de integración para que aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en el Código Penal Militar lo sean por aplicación de las disposiciones del Código Penal Común.

En el anterior orden de ideas tiénese entonces que el Código Penal Militar en su Sección Segunda, Parte Especial, Títulos I, II, III, IV, V, VI y VII, contiene la descripción de las conductas consideradas como delito típicamente militar o propio de los militares, que por serlo son de sujeto activo calificado por su condición de militar, de manera general, o en veces en relación con el grado o cargo que el sujeto activo ha de ostentar o desempeñar dentro de la organización castrense, como puede ocurrir con los delitos de deserción, del centinela o del abandono de comandos superiores, jefaturas o direcciones. Estos delitos propiamente militares están previstos por la ley para proteger bienes jurídicos inherentes a la organización castrense como la disciplina, los intereses de las Fuerzas Armadas, el honor, contra la población civil, etc., tal y como reza el epígrafe para cada título de los citados arriba. Así las cosas, no cabe duda que por los sujetos activos calificados y los bienes jurídicamente protegidos estos delitos solamente puedan ser cometidos por personas que ostenten la calidad de militares en servicio activo y que esas conductas previstas como delitos lo están por su consustancial o íntima unión o en indiscutible relación con el servicio, al punto que resultaría innecesario previsión legal expresa que así lo determinase por la propia ontología de dichas infracciones.

No obstante lo anterior, el Código de Justicia Penal Militar incluye en el catálogo de los delitos otras conductas, tomadas del ordenamiento común, en veces casi literalmente y de las cuales se ocupan los Títulos VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV y XV, que protegen bienes jurídicos diferentes a aquellos expresados al hablar de delitos típicamente militares y que dicen relación por ejemplo a la administración de justicia, a la fe pública, a la vida e integridad personal, etc., tal y como se lee en los correspondientes epígrafes para los títulos que he mencionado. Estos hechos punibles son pues los que pudiéramos llamar como de impropiamente militares o comunes pero recibidos de manera expresa por la codificación castrense y a los cuales la ley penal militar imponía como condición *sine qua non* que fueran cometidos por militares con ocasión del servicio o por causa del mismo; expresiones que por sentencia C-358/97 de la Corte Constitucional fueron retiradas del ordenamiento positivo al considerarlas inconstitucionales; exigiéndose por la misma providencia que a continuación transcribo lo siguiente:

"No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la fuerza pública se inserte en el cuadro funcional propio de ésta, es posible que en un momento dado, aquél, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza. Justamente a este tipo de conductas se orienta el Código Penal Militar y se aplica el denominado fuero militar".

"La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar o policial, pero que no obstante tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial"(Sentencia No. C-358/97 Corte Constitucional, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

- Además de los delitos propios e impropios militares de los cuales se ocupa el Código de Justicia Penal Militar, es posible que la Justicia Penal Militar se ocupe, tal como lo dispone el artículo 14 *ibidem*, de delitos comunes relacionados con el mismo servicio.

Impónese pues hacer algunas consideraciones al respecto.

El artículo 14 del Código de Justicia Penal Militar dispone:

"Principio. Las disposiciones de este código se aplicarán a los militares en servicio activo que cometan hecho punible *militar o común relacionado con el mismo servicio*, dentro o fuera del territorio nacional..." (destacados fuera del texto legal transcrito).

De la lectura del texto legal citado o por la misma construcción gramatical del mismo, se entiende sin dificultad que la Justicia Penal Militar está habilitada para conocer de delitos comunes a condición que estén relacionados con el mismo servicio. Y además, se ve a las claras que no es, en modo alguno, esta disposición legal incompatible con el canon 221 Constitucional pues éste remite a las "prescripciones del Código Penal Militar" sin hacer distinción alguna entre delitos militares o comunes, sólo a condición que el hecho punible se cometa "en relación con el mismo servicio" y por militares en servicio activo.

En el anterior orden de ideas es legítimo afirmar entonces que tanto el fuero militar como la competencia de la Justicia Penal Militar pueden uno y otra expandirse a los delitos comunes siempre y cuando se encuentre un nexo o relación con el servicio entre el autor a cualquier título y el hecho tipificado como punible así no se encuentre éste en el Código de Justicia Penal Militar que por ello mismo la propia ley como he citado, lo denomina hecho punible común.

Ahora bien, el artículo 14 del Código de Justicia Penal Militar ya transcrito, exige y sólo para el delito común el que éste se pueda relacionar con el servicio. Es que precede al calificativo de común empleado por la ley la conjunción disyuntiva o; que indica una alternatividad, una posibilidad de que sea tanto el delito militar como el común el que pueda caer dentro del ámbito de esta especial jurisdicción. Y si observamos además, que la oración "relacionado con el servicio" sigue inmediatamente a la conducta delictiva calificada como de "común" por la propia ley y separada como está por la conjunción disyuntiva, o, que indudablemente la separa de la

otra categoría delictual que también la propia ley califica de "militar", es dable concluir que la relación con el servicio ha de predicarse del delito común exclusivamente pues el militar, por serlo, la lleva ínsita.

No escapa al suscrito Magistrado que el artículo 14 del Código de Justicia Penal Militar fuera demando por inexequibilidad ante la Corte Constitucional, junto con otros, pero éste lo fue exclusivamente en lo atinente a la permisión de aplicarlo a los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, y que la Corte Constitucional por sentencia C-444/95, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz lo halló ajustado a la carta Fundamental. En nada, la Corte Constitucional encontró incompatibilidad en lo dispuesto por este artículo del Código Penal Militar con el ordenamiento Superior. Por tanto, la norma es constitucional y por lo demás, se encuentra en plena vigencia y por lo mismo es de forzosa aplicación.

Dado que el delito común para que pueda ser juzgado por la Justicia Penal Militar, además de encontrarse satisfecha la exigencia subjetiva hecha por la ley, debe estar relacionado con el mismo servicio, bueno es transcribir que ha de entenderse por el participio de relación tal como lo explica el Diccionario de la Lengua acepción 3 de la palabra:" Conexión, correspondencia de una cosa con otra". Y, además, el adjetivo relacional significa según el citado Diccionario:"Perteneciente o relativo a la relación o correspondencia entre cosas".

Síguese pues de allí y del significado de los términos utilizados por la ley, que para que un delito común sea de competencia de la Justicia Penal Militar debe existir cierta correspondencia entre el acontecer criminal del sujeto activo y el servicio a que dicho sujeto se encuentra vinculado. Esta última condición en sentido amplio pues la ley no ha limitado particularmente con el término servicio a determinada función dentro del concepto de lo que ha de entenderse por dicho servicio. Basta pues una relación causal u ocasional o de oportunidad entre el resultado criminal y la tarea legítima desempeñada por el militar ó policial para que ese desbordamiento criminal, pero relacionado con la actividad militar que se cumpla, pueda ser conocido y reprimido a través de la jurisdicción especial; sin que tal conocimiento signifique vulneración a los principios de igualdad y del juez natural.

-Es la propia sentencia C-358/97 de la Corte Constitucional que en su párte considerativa permite también que la Justicia Penal Militar se ocupe de estos punibles cuando en desarrollo del concepto de fuero militar afirma:

"a) que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente

a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa *que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Por el contrario, si desde el inicio el agente tiene propósitos criminales, y utiliza entonces su investidura para realizar hecho punible, el caso corresponde a la justicia ordinaria, incluso en aquellos eventos en que pudiera existir una cierta relación abstracta entre los fines de la Fuerza Pública y el hecho punible del actor. En efecto, en tales eventos no existe concretamente ninguna relación entre el delito y el servicio, ya que en ningún momento el agente estaba desarrollando actividades propias del servicio, puesto que sus comportamientos fueron* ab initio *criminales"*(destacados ajenos a la sentencia transcrita, Fol. 31 de la misma).

Y en el caso de autos sometidos al recurso extraordinario, es precisamente cuando cobra actualidad y operancia las Consideraciones de la Corte Constitucional. El procesado, en cumplimiento de una misión de patrullaje, comoquiera que era el piloto de una de las embarcaciones de la Armada Nacional llegó a la isla Medellín y de súbito, al ver a una muchacha menor de quince años, la condujo a un platanal y cometió en su contra acceso carnal violento. La única razón de la presencia de ese sujeto en aquel paraje no fue otra que el servicio de patrullaje que prestaba y que le fuera ordenado; el delito imputado, y no hay prueba en el expediente en contrario, que *ab initio* del cumplimiento de la misión el procesado lo hubiera previsto o que hubiese preordenado la misión del servicio para acceder carnalmente a la menor. No. Fue la ocasión del servicio, el cumplimiento de la misión a él encomendada lo que condujo a este individuo a aquel paraje y a esa pobre habitación y la presencia de la menor y por el medio en que se encontraba lo que hizo nacer en el procesado el impulso criminal; luego, no cabe duda que el acto criminal que se reprocha fue cometido en estrecha relación con el servicio que prestaba así se califique a dicho delito como común y no se encuentre previsto por el Código Penal Militar. Ese delito ocurrió "durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional" como lo advierte la Corte Constitucional en la sentencia citada en este salvamento de voto. Lógico entendimiento es entonces, que la legitimidad que se predica es la de la tarea que cumpla el militar o el policial y que el reproche que se hace es al acto criminal que en desarrollo de dicha tarea por desbordamiento de las funciones comete dicho sujeto integrante de la Fuerza Pública en ese contexto y es así como se debe predicar y entender la expresión "en relación con el mismo servicio" que tanto la Constitución Nacional como el Código de Justicia Penal Militar exigen para que el hecho punible pueda ser conocido por la Jurisdicción Penal Castrense. Se excepcionan sí aquellos delitos de lesa humani-

dad como lo ha dispuesto la Corte Constitucional y a aquellos que como excepciones ha consagrado el Derecho Internacional, previsión hecha por el artículo 14 del Código de Justicia Penal Militar.

Atentamente,

Edgar Lombana Trujillo

(Fecha, *up supra*)

APELACION/ TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA

Volver en sede de apelación o de casación sobre los cargos que han sido aceptados de manera tan abierta y voluntaria por el procesado, con la garantía de la presencia activa del defensor técnico, significaría propiciar una retractación que implícitamente está prohibida por la limitación del objeto del recurso que, según el texto entonces vigente del numeral 4 del artículo 37B del C. de P. P. (art. 5°, Ley 81 de 1993), apenas podía referirse a la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, el pago de perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes. Si la apelación está circunscrita a estos aspectos, según lo dice la norma citada, entonces obviamente el recurso de casación no puede pronunciarse sobre temas vedados al tribunal de segunda instancia, pues, como lo dice el artículo 218 del C. de P. P., dicha impugnación extraordinaria recae sobre la sentencia de segundo grado.

El sustento de la condena en el juicio especial de sentencia anticipada radica, de un lado, en la posición directa y genuina del procesado de aceptar la acusación y, de otra parte, en la valoración de mérito negativo sobre los requisitos de la preclusión de investigación o cesación de procedimiento.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., doce (12) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 10524

Aprobado Acta No. 119

VISTOS

La Sala va a definir el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa del procesado José Miguel Rojas Ladino, en relación con la sentencia de segundo grado fechada el 7 de diciembre de 1994, producida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, por medio de la cual se

condena al acusado por el delito de homicidio consumado en la persona de Aristóbulo Cárdenas Manrique.

Para adoptar la decisión anunciada, la Corte cuenta con el concepto previo del Ministerio Público.

HECHOS ESTABLECIDOS Y RELACIÓN PROCESAL:

Revelan los fallos de instancia que la noche del 6 de abril de 1994 coincidieron José Miguel Rojas Ladino, el sindicado, y Aristóbulo Cárdenas Manrique, agente de la policía nacional, en un expendio de abarrotes y licores conocido con el nombre de "*Matambre Express*", de propiedad del señor *Carlos Alirio Pava Araque*, atendido en aquel entonces por el dueño y su sobrino *José Orlando Caro Pava*, situado en la calle 163 No. 28D-20, barrio Babilonia de esta ciudad, establecimiento en el cual aquéllos escanciaban bebidas embriagantes en compañía de otras personas. Ya en la madrugada del día siguiente, los dos protagonistas se acercaron a través del ofrecimiento de licor y compartieron aproximadamente hasta las dos de la mañana, hora en la cual se retiraron juntos y también de inmediato fue cerrado el local.

Apenas habían transcurrido algunos minutos después del cierre del establecimiento, cuando los tenderos escucharon varias detonaciones de arma de fuego, abrieron de inmediato la reja y notaron el cuerpo herido de *Aristóbulo Cárdenas Manrique* sobre el antejardín que da acceso al local comercial, mas ya no estaba presente su acompañante ni tampoco habían otras personas alrededor.

Poco tiempo después, el señor *José Miguel Rojas Ladino* se presentó por los lados del Centro de Atención Inmediata, CAI, No. 4, situado en la avenida 9ª con calle 163, disparó un arma de fuego y gritó que le había dado muerte a un hombre. Los agentes de turno procedieron a desarmarlo, se dirigieron al lugar de los episodios y allí corroboraron la existencia del cadáver.

El retenido llevaba consigo un revólver marca Smith & Wesson, calibre 32 largo, número 549088, que albergaba cinco (5) vainillas y un cartucho, arma que fue decomisada en el instante por la policía y cuyo salvoconducto había sido expedido en favor del ciudadano *Eusebio Valdés*.

Practicada la diligencia de identificación del cadáver por la Unidad Primera de Investigación Previa y Permanente de la Fiscalía General de la Nación, se avocó la instrucción después por la Fiscal Noventa y Cinco Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, funcionaria que recepcionó la indagatoria del imputado y posteriormente lo afectó con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin derecho a excarcelación, como presunto autor de un delito de homicidio (fols. 1, 25, 39 y 55).

Para los fines evidenciados en la demanda de casación, importa destacar de la instrucción que el fiscal ordenó la prueba de absorción atómica o, en su defecto, el guantelete de parafina en ambas manos, tanto en relación con la víctima como el victimario (fols. 4 y 7).

Cerrada la investigación, la fiscal calificó el mérito sumarial el 1° de agosto de 1994, por medio de resolución que contiene acusación por el delito de homicidio, de acuerdo con las previsiones del artículo 323 del Código Penal, modificado por el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 (fols. 114 y 130).

El 26 de septiembre de 1994, dos días antes del vencimiento del término legal para preparar la audiencia, solicitar nulidades y pedir pruebas en el juzgamiento (art. 446 C. P. P.), el procesado decidió acogerse al procedimiento de sentencia anticipada, de conformidad con el artículo 37 del C. de P. P. (fols. 152 y 153).

Le correspondió dirigir el trámite especial al Juez Catorce Penal del Circuito y, según acta del 29 de septiembre de 1994, el procesado, debidamente asistido por su defensora, aceptó integralmente los cargos formulados en la resolución de acusación. El primero solicita que al momento de medir la pena se tenga en cuenta la ausencia de Antecedentes y además que se entregó voluntariamente a las autoridades; mientras que la segunda pide que para dicha operación se haga valer no sólo la presentación voluntaria del acusado sino también el hecho de que condujo a la policía al lugar donde había quedado el cuerpo de la víctima, amén de que existe una confesión judicial (fols. 158).

El juzgado profirió sentencia de condena el 11 de octubre de 1994, por cuyo medio declaró la responsabilidad penal del acusado, conforme con los artículos 37 y 247 del C. de P. P., y consecuentemente le impuso la pena principal de veinte (20) años y diez (10) meses de prisión; le dedujo también la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término; le impuso la obligación civil de resarcir los daños y per juicios por valor de un mil (1000) gramos oro; negó el subrogado de la condena de ejecución condicional y ordenó la compulsación de copias para investigar por separado la infracción de porte ilegal de arma de fuego en que pudo haber incurrido el mismo acusado (fols. 162).

El procesado y su defensora interponen el recurso de apelación en contra del fallo de primer grado. El primer impugnante arguye que iba a ser despojado por la víctima, quien lo persiguió con un arma de fuego, se trenzaron entonces en una riña, y fue cuando los disparos se produjeron fortuitamente, circunstancia que lo pone dentro de la causal de inculpabilidad prevista en el numeral 1° del artículo 40 del Código Penal. De igual manera, argumenta que como actuó en legítima defensa y se hallaba en estado de embriaguez, la conducta atribuible es el homicidio culposo, según lo previsto en el artículo 329 del mismo ordenamiento. Finalmente, solicita

que para la solución del recurso se tenga en cuenta su confesión, la presentación voluntaria ante las autoridades y la entrega del elemento con el cual cometió el delito.

La defensa, por su parte, echa de menos el reconocimiento de la rebaja de pena por confesión, habida cuenta que se dan todos los requisitos de procedibilidad de la atenuante, además de que en la legislación de hoy no es indispensable que dicho acto sea el fundamento de la sentencia; tampoco es necesario que la sola confesión conduzca a la certeza porque siempre deberá corroborarse por el funcionario judicial; y así mismo, no se exige que el acto sea simple sino que basta la manifestación del hecho cometido.

En memorial separado, aunque también referido a la sustentación del recurso, se ocupa la defensora del hecho de haberse incorporado tardíamente al proceso el resultado de la prueba de absorción atómica practicada al occiso, cuyo resultado fue positivo para ambas manos (fs. 195), omisión que constituye una irregularidad sustancial sobre el debido proceso, concretamente porque dificultó el ejercicio del derecho de defensa. El resultado de esta prueba, sostiene la impugnante, permitía disuadir dudas sobre las explicaciones brindadas por el acusado, en el sentido de que iba a ser atracado por la víctima, y así entonces tendría eco la legítima defensa enarbolada por aquél. Como la investigación no debió cerrarse sin este medio de convicción, la apelante propone que se anule la actuación procesal, a partir de dicha decisión, y así poder continuarla hasta obtener todas las pruebas ordenadas.

El Tribunal desató el recurso en la sentencia del 7 de diciembre de 1994, en virtud de la cual confirma la decisión impugnada, salvo lo atinente a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, cuya duración, por mandato legal, no puede ser superior a diez (10) años (cuaderno 2ª instancia, fol. 4).

La Demanda de Casación:

El actor presenta como único cargo el vicio constitutivo de nulidad que contiene la sentencia, merced a la tardía e injustificada anexión de la prueba de absorción atómica practicada al finado, hecho que generó una desorientación en el ejercicio del derecho de defensa y, por dicha vía, precipitó la aceptación de responsabilidad para el adelantamiento de la sentencia condenatoria, anticipación que era de imposible ocurrencia si se conocen oportunamente los resultados benignos, pues éstos respaldan su dicho sobre tan neurálgica cuestión. La anomalía cabe dentro de las previsiones del numeral 3º del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

Para demostrar el cargo, el censor señala el marco constitucional, legal y conceptual del ejercicio de los derechos de contradicción y defensa, prerrogativas que se lastiman sensiblemente cuando no se atiende la pa-

labra exculpativa del acusado; o no se le garantiza la oportunidad de réplica y no se practican con igual celo las pruebas que lo favorecen. Trae a colación las sentencias de casación fechadas el 19 de septiembre de 1990 y 22 de abril de 1991, de acuerdo con las cuales el derecho de defensa es anejo a todos y cada uno de los momentos procesales y hacen énfasis en la entrega de oportunidades plenas y permanentes para que el procesado pueda exhibir su inocencia o su responsabilidad en determinado grado; de tal manera que cualquier interferencia en este sentido vicia de nulidad la respectiva porción procesal.

Aduce el actor que la prueba que se echa de menos fue practicada por el laboratorio el 29 de julio de 1994, recibida en la Unidad Primera de Vida el 8 de agosto siguiente y remitida el 21 de septiembre a la oficina de información y reparto de la administración judicial, célula ésta que apenas el 19 de octubre se la envía al Juzgado Catorce Penal del Circuito. Es decir, tan trascendental medio de convicción no sólo se incorpora al expediente 73 días después de producido, sino que llega al proceso cuando ya se había emitido la sentencia de primer grado, a pesar de que se había ordenado desde la misma diligencia de levantamiento del cadáver.

Advierte el demandante un protuberante yerro en la actividad judicial de secretaría, por cuya ocurrencia se privó a la defensa del conocimiento de un importante elemento probatorio a su favor y se impidió el ejercicio pleno de la contradicción, hasta el punto de producir una desorientación grave sobre la materia, pues, en aras de una rebaja punitiva, se "patrocinó y permitió" una sentencia condenatoria anticipada.

No satisfizo al recurrente la respuesta del Tribunal en torno al mismo planteamiento de nulidad que se hizo en la instancia, en el sentido de que la defensa carecía de interés jurídico en el asunto, basado en el numeral 4° del artículo 37B del C. P. P., pues, si entiende que la nulidad es un control difuso de constitucionalidad y legalidad, habrá de decretarse aun de oficio, máxime que el mismo artículo 37 de la obra citada supedita la aplicación de la sentencia anticipada a que "no haya habido violación de garantías fundamentales", entre las que se destaca el derecho de defensa.

Sobre la incidencia de la prueba omitida, el demandante advierte que a nadie le consta lo que ocurrió esa noche entre sindicado y occiso, razón por la cual cobran especial relevancia las explicaciones del primero. Y si aparece una prueba material que secunda sus asertos, esto es, que hubo un forcejeo con el difunto en procura del arma, ello permite solidificar la justificante o, por lo menos, abrirle paso a una duda razonable, cuya falta de contemplación afecta los intereses defensivos del acusado. En la práctica, sin responsabilidad ni participación del procesado, se le privó injustificadamente de un elocuente medio de persuasión en su beneficio, hecho que entonces generó una equivocada valoración de la estrategia defensiva, pues la profesional encargada de ella permitió y recibió

una sentencia condenatoria anticipada, sólo en pos de descuentos punitivos.

Frente al resto del acopio probatorio, el demandante sostiene, en primer lugar, que los dos impactos de bala registrados en el teatro de los acontecimientos (uno en un parasol que permanece afuera del establecimiento y otro en la puerta contigua), coadyuvan de manera importante la versión del imputado acerca de la ocurrencia de un forcejeo con el imputado. En segundo lugar, tampoco le parecen muy contundentes los hallazgos de la necropsia para desvirtuar las explicaciones de legítima defensa introducidas por el acusado, pues, en cuanto a la situación opuesta de los dos disparos, si se considera que hubo uno cercano y otro lejano, ello no termina por ser incompatible con la disputa pregonada; de otra parte, no es inequívoca la deducción del plano superior desde el cual disparó el victimario, atendida la estatura de ambos protagonistas, porque ello equivale a situarlos en una "inmodificable postura vertical" que no se aviene con aquella situación que conlleva una riña o forcejeo.

A pesar del "falso positivo" que se advierte en el reverso del documento contentivo de la prueba de absorción atómica, bien porque pudo la persona haber manipulado armas de fuego o elementos relacionados con éstas, ora con motivo de "posibles forcejeos o proximidad en el momento del disparo a la persona que acciona el arma", lo cierto es que la palabra del sindicado resulta fortalecida. No importa que se aduzca la calidad de agente de la policía que ostentaba la víctima, pues se trata es de establecer si las huellas obedecen a tal calidad o se deben exclusivamente a los hechos, porque bien pudo ocurrir que el policial no estuviese de servicio para la fecha indicada o que comprobadamente no haya manejado armas de fuego en esa fecha, vacíos que no pueden colmarse en contra del procesado.

El recurrente dice finalmente que en este caso se ha infringido el artículo 29 de la Constitución Política y que también se han violado los artículos 1°, 7°, 18 y 20 del Código de Procedimiento Penal, que consagran los principios de derecho universal conocidos como debido proceso, contradicción, lealtad e igualdad. Remata con la siguiente apostilla:

"...teniéndose el Derecho de Defensa como una garantía fundamental, cara al esquema del debido proceso, es por lo que se le califica de INVIOLABLE, INALIENABLE, no susceptible de ser renunciable, o "expropiada" -si se nos licencia la expresión- así el imputado, como en el presente asunto, haya precipitado su sentencia condenatoria, pues ella trasciende la mera conveniencia que es cuanto inspira una solicitud de tal jaez, y va a enclavarse en el mismo orden público inherente al debido proceso, de ahí su perseverante y delicado cuidado procesal".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que no se puede aceptar el reproche del demandante y exhibe las siguientes razones:

En la diligencia de sentencia anticipada, el procesado, asistido por su defensora, aceptó los cargos que le fueron formulados en la resolución acusatoria, decisión judicial en la cual se valoró íntegramente la prueba practicada y allegada durante la instrucción. Algo más: aunque para la fase del juzgamiento no es necesario extender un acta especial, como sí ocurre en la instrucción, de todas maneras se hizo "precisamente para fijar y poner de presente al procesado las consecuencias de la aceptación de su responsabilidad, con el fin de proteger sus derechos fundamentales".

No puede pregonarse una violación al derecho de defensa por el hecho de no haberse allegado oportunamente una prueba, supuesto que en el acto de sentencia anticipada el procesado reconoce su responsabilidad con fundamento en las pruebas que para ese momento procesal aceptó voluntariamente. El allegamiento posterior de un medio de convicción no puede generar nulidad, pues tales son eventualidades o riesgos que asume tanto el procesado como la administración de justicia, lo que a la postre puede resultar perjudicial tanto para uno como para otra.

Aunque el actor considera que la prueba allegada tardíamente es favorable al acusado, de todas maneras ya se había producido la manifestación expresa de acogerse a dicha institución, y fue con fundamento en ello que se dictó sentencia anticipada, decisión ésta que "no se puede dejar condicionada a las resultas de las pruebas pedidas, no allegadas o no practicadas, o que resultaren favorables con posterioridad al procesado o a la administración de justicia, máxime cuando la diligencia de Acta de sentencia anticipada asistió tanto el procesado como su defensora y firmaron como señal de aceptación de su contenido...".

LA SALA CONSIDERA

El demandante estima que se ha violado de manera grave el derecho de defensa, dado que una prueba de emisión atómica, supuestamente favorable a los intereses del procesado, se allegó tardíamente y ello precipitó el acogimiento a la sentencia anticipada.

Aunque el actor se refiere a la forma especial de terminación de este proceso, por medio de la sentencia anticipada que consagra el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, la mención que hace es marginal y como si fuera un error o engaño (algo sugiere) que padeció la defensa, sin inmutarse por el aporte de voluntad y decisión que en tal acto hizo el procesado con el apoyo técnico de su defensora de entonces. En efecto, la solicitud de finalización prematura la hizo libremente el propio procesado

y, al momento de la respectiva diligencia, expresó claramente y sin presiones, por el contrario, animado por la confianza que infunde la presencia de un defensor técnico, que aceptaba los cargos de la resolución acusatoria que fue leída en su integridad. De modo que tanto el acusado como su defensora compartieron sin objeciones la acusación claramente exteriorizada, pues solamente se limitaron a pedir atenuación de la pena con motivo de la confesión y de la presentación voluntaria del primero ante las autoridades de policía. Es más, como para abundar en garantías, el representante del Ministerio Público intervino a la sazón para indicar que se le había explicado al procesado "*la trascendencia de aceptación del pliego de cargos, dándole tiempo necesario y dejándolo en absoluta libertad para que voluntariamente aceptara o no los cargos...*" (fols. 153 y 158. Se ha destacado).

Es verdad, como lo ordena el precepto citado, que el juez admitirá esta forma conclusiva del proceso "siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales", una de las cuales es obviamente la de la defensa. Sin embargo, establecido que el procesado ha dispuesto de defensa técnica sin interrupciones, resulta inaudito que aspire a una nulidad cuando él y su defensora optaron por la sentencia anticipada, a sabiendas de que faltaba el resultado de la prueba de absorción atómica. La diligencia de sentencia anticipada no se hizo por convocatoria *ex officio* de la Fiscalía sino por petición y asentimiento posterior tanto del procesado como del defensor. Así entonces, de llegarse a considerar la falta de esa prueba como una afectación del derecho de defensa en sentido material, no podría ignorarse que el principio rector de la *protección* indica que no podrán decretarse nulidades a instancias de un sujeto procesal que con su conducta ha contribuido a la realización del acto irregular (C. P. P., art. 308-3 C. P. P.).

Para prevenir esta clase de reclamaciones, valga la advertencia, los fiscales deben permanecer neutrales en cuanto al origen auténtico y claro de la Petición, pues, si bien podrían ilustrar al procesado sobre la naturaleza y fines del instituto, por más abrumadora que les parezca la prueba de cargo, en manera alguna pueden inducir o presionar la sentencia anticipada, como tampoco prometer subrogados u otros beneficios punitivos que escapan a su competencia, porque el control jurisdiccional se orienta a verificar la voluntariedad del consentimiento; de tal manera que el juez sólo podrá dictar sentencia cuando tenga la convicción de que no hubo presiones indebidas sobre el sindicado, de que éste se dio plena cuenta de las consecuencias jurídicas del rito especial, o de que no mediaron vicios de ambigüedad en su consentimiento.

El recurrente alega que no debió cerrarse la investigación sin contar con la mencionada prueba, pero la defensa nada hizo para impedirlo. Así, resulta patente que en este caso la defensa material y técnica se ejerció sin cortapisa durante la fase de la instrucción, se produjo una resolución acusatoria que fue puesta de presente en toda su extensión durante el

acto de terminación especial del proceso y, sin mediar objeciones por la falta de alguna prueba o alegato de inocencia alguno, se aceptó la responsabilidad por el delito de homicidio en las circunstancias plantcadas en la acusación.

De modo que no puede hacerse eco de una prueba que llegó después de haberse dictado la sentencia anticipada en primera instancia, prueba que presuntamente habria influido en la naturaleza de la decisión, sin parar mientes en la trascendencia de la aceptación de responsabilidad. Es decir, si bien en el curso de la instrucción el procesado alegó persistentemente una legitima defensa, como que iba a ser "atracado" por la víctima, lo cierto es que su actitud defensiva a ultranza cambió notoriamente a partir de la resolución de acusación, acto en el cual se argumentó jurídica y probatoriamente la inexistencia de dicha causal de justificación, razón por la cual en la fase del juicio solicitó la sentencia anticipada y, en lugar de empecinarse en la ausencia de antijuridicidad, aceptó la responsabilidad penal.

Así entonces, resulta un sofisma decir que el resultado de la prueba de absorción atómica confirma lo dicho por el acusado sobre la existencia de un forcejeo por el arma de fuego, como consecuencia del ataque inicial de la víctima, pues estas palabras ya habían sido desvirtuadas por la última expresión fundamental del procesado, según la cual él acepta responsabilidad penal y, por ende, asiente que mató injustificadamente al señor *Aristóbulo Cárdenas Manrique*.

Por lo demás, como lo ha reiterado la Sala, la dicha asunción de responsabilidad que ocurre en la sentencia anticipada significa que el procesado renuncia a refutar la acusación, a controvertir la prueba de cargo y a la práctica de otros medios de persuasión, pues, de acuerdo con la estructura legal de la institución, a "los cargos formulados por el fiscal" sólo puede seguir "su aceptación por parte del procesado", máxime si la diligencia se realiza en la fase del juzgamiento, cuando ya existe una resolución acusatoria. Por ello se exige el máximo de escrúpulo y transparencia en la formación de la voluntad.

Sobre el tema estudiado, la sentencia del 8 de agosto de 1996, cuya ponencia correspondió al magistrado *Juan Manuel Torres Fresneda*, dijo lo siguiente:

"Del texto del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, modificado por la Ley 81 de 1993, se infiere que su aplicación no supone negociación alguna, que los cargos tienen como único sustento las pruebas hasta ese momento legalmente incorporadas al expediente, y que la aceptación formal de éstos ante el fiscal por parte del sindicado, sitúa ipso facto el proceso en el momento de dictar sentencia; sin que por ese hecho los actos procesales legalmente omitidos o las pruebas dejadas de practicar constituyan violación del debido proceso...".

También ha dicho la Sala que volver en sede de apelación o de casación sobre los cargos que han sido aceptados de manera tan abierta y voluntaria por el procesado, con la garantía de la presencia activa del defensor técnico, significaría propiciar una retractación que implícitamente está prohibida por la limitación del objeto del recurso que, según el texto entonces vigente del numeral 4° del artículo 37B del C. de P. P. (art. 5°, Ley 81 de 1993), apenas podía referirse a la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, el pago de perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes. Si la apelación está circunscrita a estos aspectos, según lo dice la norma citada, entonces obviamente el recurso de casación no puede pronunciarse sobre temas vedados al tribunal de segunda instancia, pues, como lo dice el artículo 218 del C. de P. P., dicha impugnación extraordinaria recae sobre la sentencia de segundo grado.

Aquí no se viola el principio constitucional de la presunción de inocencia ni su correlativo de la carga de la prueba como misión del Estado, simplemente el primero se desvirtúa por parámetros legales diferentes, como son la renuncia del procesado a refutar la acusación y al acopio de otras pruebas, la explícita aceptación de los cargos y la constatación de que no existen los presupuestos para la preclusión o la cesación. En otras palabras, para efectos de estas formas de terminación anticipada, basta verificar y controlar la aceptación de responsabilidad y la seguridad de que no está plenamente comprobado que el hecho no ha existido, o que el sindicado no lo ha cometido, o que la conducta es atípica, o que no es antijurídica o que el sujeto no es culpable, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse. En presencia de una cualquiera de estas causas negativas de un juicio de responsabilidad penal, a la vez suficiente fundamento para precluir la investigación o cesar el procedimiento, el juez que examine la aceptación de responsabilidad por vía de sentencia anticipada no tiene alternativa diferente a anularla para regresar al procedimiento ordinario, pues sólo así se respeta el debido proceso.

Así pues, el sustento de la condena en el juicio especial de sentencia anticipada radica, de un lado, en la posición directa y genuina del procesado de aceptar la acusación y, de otra parte, en la valoración de mérito negativo sobre los requisitos de la preclusión de investigación o cesación de procedimiento. Estas cautelas se asumieron en el caso examinado, cuando el juez de primera instancia, en reflexiones que por unidad de fallo hacen parte del de segundo grado, dice que los testimonios de *José Orlando Caro Pava y Carlos Alirio Pava*, lo mismo que los hallazgos de la necropsia, desvirtúan la pretensión de que el procesado haya sido atacado inicialmente por la víctima, pues los testigos no escucharon ninguna discusión previa a las detonaciones de arma de fuego, a pesar de que el occiso cayó en el andén del establecimiento atendido por ellos, y el dictamen de autopsia enseña lesiones de agresión antes que de defensa.

En efecto, sobre las indicaciones de la necropsia dice el fallo lo siguiente:

"Ahora bien, no es fácil para este juzgado admitir o rechazar que entre el occiso y el sindicado, antes de la muerte de Aristóbulo se hubiese presentado una riña, porque según lo asegura el encartado, aquél intentó atracarlo.

"Sobre este concreto tópico, todo conduce a señalar que la versión del procesado es mentirosa. Véase que éste informa que los mortales disparos que hicieron impacto en el cuerpo de Cárdenas Manrique, lo fueron: '... entre medio de la cintura y el pecho...' lo cual, comparado con las heridas que presentaba el cadáver al momento de practicársele la necropsia es inexacto, pues allí se da cuenta de dos heridas en la cabeza, exactamente en la región temporal izquierda, y en la región parietal derecha.

"Veamos lo que se anotó en la descripción de las heridas (fol. 114): '1.) Orificio de entrada de 0.6 x 0.6 cms situado en región temporal izquierda... presenta tatuaje... 1.2 Orificio de salida, no hay... 1.4 Trayectoria: Antero-posterior. Izquierda Derecha. Supero-Inferior... Orificio de entrada de 0.7 x 0.7 cms situado en región parietal derecha. 2.2 Orificio de salida no hay... 2.4 Trayectoria: Postero-anterior. Supero-inferior: Derecha-izquierda..."

"Observando la trayectoria de los mortales tiros, fácilmente se llega a la conclusión de que los impactos no obedecieron a disparos accionados en actitud defensiva o que los mismos se produjeron dentro de un forcejeo. Los ángulos que formaron los orificios de entrada y sus trayectorias están señaladas de arriba hacia abajo, Antecedentes que indican que el sujeto que recibió los impactos necesariamente tenía que estar en un plano inferior de aquel que accionaba el arma de fuego, o el victimario tenía que ser mucho más alto que la víctima. Estas dos hipótesis no tienen respaldo procesal. Amén de lo anterior uno de los fatales disparos, en este caso el segundo, tiene trayectoria 'postero-anterior, supero-inferior, derecha-izquierda', con alojamiento del proyectil en el hueso frontal izquierdo, demostrativo de que Aristóbulo Cárdenas se encontraba dando la espalda al procesado e igualmente en un plano inferior al mismo, circunstancia ésta que desmiente la versión de Rojas Ladino en el sentido de que los disparos fueron hechos durante el forcejeo, porque es imposible y riñe contra toda lógica y la misma naturaleza, que la víctima llevara el brazo hacia atrás de su cabeza, en condiciones tales que el revólver quedara en posición de producir el disparo de atrás hacia adelante con la trayectoria postero-anterior y de arriba abajo; otra circunstancia que refuerza nuestra tesis es la evidencia de la falta de tatuaje alrededor del orificio de entrada de este proyectil, indicativo ello de que entre Aristóbulo Cárdenas y el arma homicida que empuñaba Rojas Ladino había una distancia mayor de un metro al momento de producirse la deflagración, lógicamente tenemos que llegar a la conclusión de que Rojas Ladino miente en cuanto a las circunstancias modales del hecho delictuencial, y que lo por él expuesto en su diligencia de descargos, tan solo se encuentra en su imaginación, es un castillo de nai-

pes que se derrumba ante la fuerza incriminatoria de la prueba de balística" (fols. 172-174. Se ha subrayado).

Estas argumentaciones revelan que el *a quo*, al momento de dictar la sentencia anticipada, no tuvo dudas sobre la antijuridicidad de la conducta (que fue lo discutido antes de la diligencia), actitud explícita que pone a buen seguro la presunción de inocencia y, en razón de ello, le dio curso a la aceptación de responsabilidad que expresa y directamente hizo el procesado para obtener así la certeza que fundamenta el fallo de condena.

Por último, todo cuanto el actor alega sobre la socorrida prueba de absorción atómica, demanda un doble beneficio de inventario: el primero, porque dicho medio de convicción, cuya determinación de resultados no deja de ser potencial, apareció después de haber dictado el fallo de primer grado y, por ende, es inoportuna; y el segundo, porque el mencionado elemento se quiere hacer valer precisamente después de una sentencia anticipada, instituto éste que compromete la voluntad del procesado (no discrepante de la de su defensa técnica) para renunciar o repudiar, según el caso, eventuales actividades o resultados probatorios de beneficio o inculpación.

De lo antes dicho, se concluye que el actor carece de interés jurídico para recurrir, dado que so pretexto de una nulidad por violación al derecho de defensa del procesado, lo que plantea es una rediscusión sobre la responsabilidad del mismo, elemento que ya había sido reconocido en el acto de sentencia anticipada, y establecido como se encuentra, además, que la defensa técnica se ha garantizado en todo momento.

Es la doctrina sostenida por la Sala en las decisiones del 15 de septiembre de 1993 (auto), 4 de marzo y 16 de octubre de 1996, entre otras. En razón de ellas, y por lo considerado para el caso concreto, no se casará el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

No casar la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados en la motivación.

Cópiese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PARTE CIVIL

De conformidad con el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal se encuentran legitimadas para ejercer la acción de resarcimiento de los daños causados por el hecho punible, las personas naturales o jurídicas perjudicadas, o los herederos o sucesores de aquellas, o el Ministerio Público o el actor popular cuando se afecten intereses colectivos, norma que guarda total armonía con la obligación prevista en el artículo 36 del llamado Estatuto Anticorrupción, pues ésta sólo se presenta cuando, además de tratarse de delitos contra la administración pública, es la persona jurídica de derecho público la perjudicada.

La obligación de constituirse en parte civil en procesos en que se investiguen punibles de los ya mencionados no surge por el simple hecho de que el proceso exista o por la comunicación que prevé el inciso 2° del precitado artículo 36; el imperativo para la administración de presentar demanda de aquella naturaleza se evidencia sólo en cuanto adquiera el carácter de agraviada, pues es éste el que la legitima para intervenir como sujeto procesal que busca el resarcimiento de los perjuicios causados con la infracción. En sentido contrario, aun cuando se trate de procesos referidos a hechos punibles contra la administración, la persona jurídica de derecho público no está obligada a constituirse en parte civil si no es la damnificada con el delito.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 14029

Aprobado: Acta No. 122

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de constitución de parte civil presentada por la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

1. La Fiscalía general de la Nación profirió resolución de acusación en contra del señor David Ramón Sánchez Julliao por los delitos de abuso de autoridad, abuso de función pública e injuria, según hechos ejecutados en su condición de Embajador de Colombia ante el Gobierno de la India, al haber dado un trato degradante y discriminatorio a los servidores Beltrán y Rawal, negado la expedición de paz y salvo al primero, haber suspendido a los mismos funcionarios en sus cargos, reteniendo sus salarios y, finalmente, haber lesionado la integridad moral de Beltrán con la remisión de notas diplomáticas a otras misiones acreditadas en aquel país.

2. Adelantándose la etapa de juicio ante la Corte y como quiera que la acusación se refiere también a delitos contra la administración pública, se dispuso, por aplicación de la Ley 190 de 1995, comunicar la existencia de este proceso a la respectiva persona jurídica de derecho público para que, en tanto se reunieran las condiciones previstas en el artículo 36 de la referida Ley, se diera cumplimiento a la obligación señalada en la misma norma.

3. Así las cosas, la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de apoderado, presentó demanda de constitución de parte civil fundamentándose fácticamente en el incumplimiento, por el procesado, de sus obligaciones a guardar lealtad a la Constitución, la Ley, la República y sus instituciones, velar por el buen nombre de la Nación y observar buena conducta, todo lo cual, agrega el demandante, condujo al Embajador a desplegar una persecución contra sus subalternos que incluyó el trato discriminatorio, la suspensión en sus cargos y la lesión al buen nombre y reputación de los funcionarios perseguidos.

En tales condiciones, considera el apoderado, la persona jurídica ha sufrido perjuicios morales en cuantía de un mil gramos oro, mientras que "de acuerdo con lo que resulte probado en el curso del proceso, el suscrito establecerá el monto económico por concepto de los daños materiales que haya podido causar el sindicado durante el ejercicio de su cargo...".

4. De conformidad con el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal se encuentran legitimadas para ejercer la acción de resarcimiento de los daños causados por el hecho punible, las personas naturales o jurídicas perjudicadas, o los herederos o sucesores de aquellas, o el Ministerio Público o el actor popular cuando se afecten intereses colectivos, norma que guarda total armonía con la obligación prevista en el artículo 36 del llamado Estatuto Anticorrupción, pues ésta sólo se presenta cuando, además de tratarse de delitos contra la administración pública, es la persona jurídica de derecho público la perjudicada.

La obligación de constituirse en parte civil en procesos en que se investiguen punibles de los ya mencionados no surge por el simple hecho de

que el proceso exista o por la comunicación que prevé el inciso 2° del precitado artículo 36; el imperativo para la administración de presentar demanda de aquella naturaleza se evidencia sólo en cuanto adquiera el carácter de agraviada, pues es éste el que la legitima para intervenir como sujeto procesal que busca el resarcimiento de los perjuicios causados con la infracción. En sentido contrario, aun cuando se trate de procesos referidos a hechos punibles contra la administración, la persona jurídica de derecho público no está obligada a constituirse en parte civil si no es la damnificada con el delito.

5. En este asunto, es claro para la Sala que frente a los hechos que se imputan a Sánchez Juliao como ex Embajador de Colombia ante el Gobierno de la India, ningún daño real o quebranto de orden material y mucho menos de índole moral recibió la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores lo cual, reconocido incluso por el apoderado al reseñar las conductas del procesado que específicamente constituyeron los delitos materia de acusación, conduce a concluir que la persona jurídica demandante carece de legitimidad y consecuentemente a rechazar su pretensión de que se le reconozca como sujeto procesal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

RECHAZAR la demanda de constitución de parte civil presentada a través de apoderado por La Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Causal primera

1. La acción de revisión procede por los motivos taxativamente fijados en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, teniendo por principal objetivo atacar las sentencias pasadas por autoridad de cosa juzgada, con fundamento en las específicas circunstancias condicionantes allí determinadas, que en la mayoría de los casos son extrínsecas al proceso originario y por ende ajenas a yerros fácticos o jurídicos directamente derivados del pronunciamiento constitutivo del fallo.

2. Concretamente, en relación con la primera causal señalada en el precepto en cita, ha precisado la Sala en auto del 19 de agosto de 1997, que:

"Las dos hipótesis a que ella se refiere, esto es, que el delito no podía cometerse sino por una sola persona, o que la infracción sólo podía realizarse por un número menor al de las personas condenadas, dicen relación a aquellos casos en que no obstante ser indiscutible en razón a la naturaleza y características de la delincuencia objeto de juzgamiento y los hechos que probatoriamente se hayan acreditado en la sentencia, el fallador condena a varias personas cuando la conducta imputada sólo podía ser obra de una de ellas o ser cometida por un número inferior de las que fueron sentenciadas.

"De ahí que al precisar su concreto alcance haya señalado la corte que " esta causal no se refiere a los eventos en que por interpretación de las normas o de los hechos, el recurrente considera, disintiendo el razonamiento del juez que profirió la sentencia, que en una determinada conducta no se puede predicar la coautoría, pues este debate se tiene que dar en las distintas etapas del proceso, o en la corte, pero sólo en sede de casación, y como violación directa o indirecta de la ley sustancial, según el caso." (Auto de febrero 8 de 1990. M.P. Jaime Giraldo Angel). es decir que dicha causal no posibilita -como ninguna lo hace-, discrepar total o parcialmente con la valoración probatoria de la sentencia, pues de lo que en realidad se trata es de demostrar que a través de los hechos probados surge de manera objetivamente indiscutible, que frente caso concreto el delito tuvo que ser sometido por una sola persona o por número inferior a las condenadas".

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 14572

Aprobado Acta No. 122

VISTOS

Decide la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de revisión presentada por el apoderado de Judith Mirellis Revollo Vitola contra la sentencia del Tribunal Superior de Sincelejo proferida el primero de abril de 1997 que confirmó la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de la misma ciudad el 19 de diciembre de 1996, por medio de la cual se condenó a esta procesada a la pena principal de 27 años de prisión, como cómplice del delito de homicidio agravado cometido en la persona de Rafael Mosquera Montoya, al tiempo que absolvió por el mismo hecho a Yardennis Díaz Sierra y Shirley María Hernández Fernández.

HECHOS

Fueron sintetizados por el Tribunal Superior, en los siguientes términos:

"Narran los autos que el médico Rafael Mosquera Montoya y su hermano Juan Carlos Mosquera Montoya salieron de la residencia del primero, situada en el barrio La Terraza de esta ciudad, a eso de las 11 de la noche del martes 18 de abril de 1995; se desplazaban en una motocicleta y al llegar a un puente situado a poca distancia de la casa, a la salida de dicho sector residencial, fueron interceptados por tres (3) sujetos que se encontraban allí y que sacaron sus armas de fuego y empezaron a disparar contra el galeno, quien con su hermano cayó al piso, donde fue rematado, mientras que Juan Carlos se incorporó, corrió para salvar su vida y dar aviso a los vecinos y cuando llegaron en actitud de auxilio, encontraron al pediatra moribundo en brazos de su otro hermano de nombre Norman Rafael Mosquera Turián, quien coincidencialmente pasaba en microbuseta por el lugar y al observar los hechos se bajó cuando su hermano yacía en el suelo y los tres (3) agresores huían del sitio. Cuando el herido fue llevado al Hospital Regional de Sincelejo, ya había fallecido.

Al efectuar las averiguaciones de rigor, las autoridades recogieron el clamor de vecinos, amigos y familiares, quienes, todos a una, sindicaron a la señora Yudi Inés Pupo Monterroza, compañera del médico asesinado, de ser autora intelectual o determinadora del episodio criminal.

Vinculada Judi Inés Pupo Monterroza como procesada, en virtud de las evidencias que lograron arrimarse al proceso, dicha incriminada terminó fi-

nalmente aceptando su responsabilidad como determinadora del hecho, comprometiendo igualmente con su dicho a los mandatarios de su determinación, procesados Germán Ernesto Arboleda Ricardo, Oscar Perdomo Cuelter y Víctor Javier Chacón Ortiz y a sus amigas Judith Revollo Vitola, Shirley María Hernández Fernández y Yardennis Díaz Sierra, sindicando a estas últimas como cómplices o cooperadoras de su conducta delictiva, por haberle prestado cada una de ellas colaboración y ayuda que de una u otra forma facilitaron e hicieron expedita la ejecución del hecho punible".

LA DEMANDA

Aduce el apoderado de Judith Mirellis Revollo Vitola la causal primera de revisión consagrada en el art. 232 del Código de Procedimiento Penal, que reproduce en su integridad, afirmando como premisa inicial de la acción la inocencia de su representada, pues habría sido condenada "por un delito que no cometió y no existió dolo de su parte (sic)".

En criterio del demandante, la sentencia del Tribunal es "contradictoria" y se sustentó en "pruebas inconducentes" y en "elementos de juicio paupérrimos", que de ninguna manera permitían demostrar la responsabilidad de Revollo Vitola, máxime cuando igualmente se condenó a Germán Arboleda, Oscar Perdomo y Víctor Javier Chacón y no se requerían de "más personas para su consumación".

Califica de "justo y equitativo" que el Tribunal hubiera absuelto a las procesadas "Yardennis y Shirley", pero critica que de manera oficiosa no hubiera procedido igual respecto de Revolledo Vitola, quien "por ausencia de defensa técnica" sí fue condenada, pese a nunca haber tenido "la intención de la complicidad en el homicidio".

Manifiesta así mismo su inconformidad con la valoración probatoria que se hiciera de la versión rendida por Pupo Monterroza y "Betty", en la medida en que el sentenciador las habría acogido sin tomar en cuenta la realidad procesal.

Sostiene que es reprochable "la violación del derecho de defensa por omisión de pruebas y por falta de ser apreciadas otras pruebas" por parte del juzgador, en la medida en que si el defensor de Revolledo Vitola hubiese impugnado la sentencia de primer grado, otra distinta habría sido la decisión adoptada por el Tribunal.

De otra parte, asegura que no obstante existir pluralidad de condenados, una incorrecta interpretación de los hechos "condujo al quebrantamiento directo de derecho" y a la condena de su defendida, por lo que solicita se invalide el fallo, ya que la causal aducida procede cuando "en virtud de una sentencia contradictoria haya sido condenada una persona por un delito que no cometió".

CONSIDERACIONES

1. La acción de revisión procede por los motivos taxativamente fijados en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, teniendo por principal objetivo atacar las sentencias pasadas por autoridad de cosa juzgada, con fundamento en las específicas circunstancias condicionantes allí determinadas, que en la mayoría de los casos son extrínsecas al proceso originario y por ende ajenas a yerros fácticos o jurídicos directamente derivados del pronunciamiento constitutivo del fallo.

2. Concretamente, en relación con la primera causal señalada en el precepto en cita, ha precisado la Sala en auto del 19 de agosto de 1997, que:

"Las dos hipótesis a que ella se refiere, esto es, que el delito no podía cometerse sino por una sola persona, o que la infracción sólo podía realizarse por un número menor al de las personas condenadas, dicen relación a aquellos casos en que no obstante ser indiscutible en razón a la naturaleza y características de la delincuencia objeto de juzgamiento y los hechos que probatoriamente se hayan acreditado en la sentencia, el fallador condena a varias personas cuando la conducta imputada sólo podía ser obra de una de ellas o ser cometida por un número inferior de las que fueron sentenciadas.

"3. De ahí que al precisar su concreto alcance haya señalado la Corte que "esta causal no se refiere a los eventos en que por interpretación de las normas o de los hechos, el recurrente considera, disintiendo del razonamiento del Juez que profirió la sentencia, que en una determinada conducta no se puede predicar la coautoría, pues este debate se tiene que dar en las distintas etapas del proceso, o en la Corte, pero sólo en sede de casación, y como violación directa o indirecta de la ley sustancial, según el caso." (Auto de febrero 8 de 1990 M.P. Dr. Jaime Giraldo Angel), es decir, que dicha causal no posibilita -como ninguna lo hace-, discrepar total o parcialmente con la valoración probatoria de la sentencia, pues de lo que en realidad se trata es de demostrar que a través de los hechos probados surge de manera objetivamente indiscutible, que frente al caso concreto el delito tuvo que ser cometido por una sola persona o por un número inferior a las condenadas".

3. Así, aun cuando el accionante cita expresamente esta causal de revisión, ningún vínculo establece entre los supuestos que ella admite y las razones en que dice sustentarla, toda vez que el esfuerzo realmente empleado le conduce a controvertir paladinamente la valoración probatoria y la legalidad de la sentencia -aspectos propicios de ser alegados en casación-, en una evidente demostración de desconocimiento sobre la acción ejercida y el hecho de no estar comprendidos dentro de sus teóricos postulados, el constituir una prolongación de las instancias, en donde sí surge como viable, en principio, discutir la apreciación de las pruebas hecha por el sentenciador.

4. Imperativo es para la Sala, en estas condiciones, reiterar que orientada como está la revisión a controvertir la intangibilidad de la cosa juzgada, esta pretensión solamente resulta aceptable en la medida en que la causal en que se apoya la demanda, efectivamente corresponda al criterio expuesto para comprobarla, como en este caso estos dos extremos no se concilian en manera alguna, claramente se impone a la Sala el rechazo *in limine* de la demanda de revisión por no reunir los requisitos formales para su admisión, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral tercero del art. 234 del C. de P.P.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. Reconocer al doctor Wilman Rodríguez Cervera, como apoderado de Judiht Mirellis Revollo Vitola, de acuerdo con el poder conferido.

2. RECHAZAR IN LIMINE la demanda de revisión presentada a nombre de Revollo Vitola.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION-Causal primera

La causal de casación instituida por el numeral 1° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal contempla dos factores de vulneración de la norma de derecho sustancial: uno a causa de violación directa, en donde el censor dirige su razonamiento jurídico a demostrar la falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de la norma frente a los hechos definidos por el sentenciador, que acepta al igual que su apreciación probatoria.

El segundo también resulta de la conculcación de la ley sustancial, pero originada en error de apreciación de determinada prueba, por lo cual se conoce como violación indirecta, donde ha de especificarse y demostrarse si el fallador incurrió en yerro de hecho, al ignorar un medio de convicción que estaba debidamente incorporado o suponer el que no obraba en el proceso (falso juicio de existencia), o cuando se tergiversa su sentido (falso juicio de identidad); o si cayó en error de derecho, surgido de un falso juicio de legalidad proveniente de un vicio en la incorporación de la prueba que, a pesar de ello, es considerada, o porque se la repudia sin razón válida; o en falso juicio de convicción, que por regla general deviene improcedente, al no estar instituida en el sistema nacional la tarifa legal de pruebas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., agosto dieciocho (18) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 12571

Aprobado Acta No. 122

ASUNTO

Decide la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Rodrigo Carmelo Medina Ortega.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Aproximadamente a las 8 de la noche del 8 de diciembre de 1992, en San Marcos, Sucre, Rodrigo Carmelo Medina Ortega se dirigía a su casa; al pasar frente a la residencia de su vecino Serafín Barrios Rodríguez, tropezó con el menor César Augusto Vilaro, nieto de Serafín, quien le reclamó de manera ofensiva. Medina Ortega entró a su casa y regresó, repitiéndose los denuestos, que zanjó disparando contra Serafín un revólver que poseía sin salvoconducto, causándole la muerte.

En la misma fecha de los hechos la Policía Nacional aprehendió a Medina Ortega, quien fue indagado y la Fiscalía 11 Seccional de San Marcos en resolución de fecha 14 de los mismos definió su situación jurídica, con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio (fols. 60 a 66 cd. 1).

Decretado el cierre de la instrucción, el 27 de mayo de 1993 fue calificada, dictándose resolución de acusación contra el implicado por el delito de homicidio simple, providencia que no fue recurrida (fols. 286 a 300 ib.).

La etapa del juicio la inició el Juez Promiscuo del Circuito de San Marcos, quien luego se declaró impedido por enemistad grave con el defensor, pasando la actuación al Juzgado 2° Penal del Circuito de Sincelejo. A esta causa se acumuló la seguida contra el mismo acusado por el porte ilegal del arma de fuego de defensa personal, investigado y calificado aparte por la misma Fiscalía Once Seccional de San Marcos, con acusación confirmada por la Delegada ante el Tribunal Superior de Sincelejo el 26 de agosto de 1993.

Superadas varias incidencias, el 23 de mayo de 1996 fue condenado Rodrigo Carmelo Medina Ortega por homicidio simple cometido en estado de ira y el porte ilegal en mención, a 4 años y 2 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, al igual que a la indemnización de los perjuicios causados y al decomiso del arma (fs. 119 a 138 cd. 2). Al decidir apelación interpuesta por el defensor, el Tribunal Superior de Sincelejo, mediante sentencia de fecha 30 de julio siguiente, objeto de este recurso, confirmó en su integridad el fallo (fols. 4 a 21 cd. Trib.).

LA DEMANDA

Sin relacionar los sujetos procesales y después de especificar la sentencia contra la cual va dirigido el recurso extraordinario, sintetizar los hechos y la actuación procesal, el impugnante propone un único cargo con fundamento en la "causal primera del art. 220 del Código de Procedimiento Penal en su numeral primero", pues considera que el sentenciador ignoró la circunstancia de inculpabilidad a que se refiere el numeral 3° del artículo 40 del Código Penal, lo que constituye "error de existencia" que condujo a "la violación directa de una norma de derecho sustancial, que

entraña un error de hecho, por indebida aplicación del art. 323 ibídem que describe el homicidio simple".

Agrega que "El quebranto de esta primera disposición por error de existencia normativa fue el medio para declarar la responsabilidad del procesado y acoger el segundo postulado del art. 247 del Código de Procedimiento Penal que exige en su primera parte, que no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y a la responsabilidad del sindicado" (fol. 42 cd. Trib.).

Para fundamentar el yerro que atribuye, sostiene el recurrente que el motivo que llevó al procesado a dispararle a Serafín Barrios Rodríguez, fueron los ultrajes que éste le lanzó, al repetirle que era un "hijueputa", situación que más allá de la ira, lo llevó a creer que por esa ofensa podía dar muerte a su contendor y no ser culpable, verdad reclamada por su "interpretación intrínseca", así no la hayan aducido el procesado ni la defensa previa.

Afirma que "esta valoración probatoria no la hizo el fallador de segunda instancia, pues ignoró la coexistencia normativa y como la prueba antes analizada lo demuestra el cargo debe prosperar" y pide, en consecuencia, que la Corte case parcialmente la sentencia acusada, absolviendo al procesado por el homicidio simple y dejando vigente la condena sólo por el porte ilegal de armas de defensa personal.

ARGUMENTACIÓN DE NO RECURRENTES

1° El apoderado de la parte civil propone que la Corte "rechace el recurso o que no acceda a casar la sentencia", toda vez que el cargo formulado no sólo es infundado sino contradictorio, en razón a que el juzgador no ignoró el contenido del numeral 3° del artículo 40 del Código Penal, sino que no lo consideró aplicable al caso investigado, "pues el procesado actuó en estado de ira y ésta en ningún momento lleva a la inculpabilidad", pues no conduce a la convicción errada e invencible de que se actúa bajo el amparo de una causal de justificación; de lo contrario, la ira exoneraría "de responsabilidad penal a todo aquel que actúe bajo sus efectos y carecería de razón de ser la circunstancia de atenuación punitiva que consagra el artículo 60 del Código Penal" (fol. 48 ib.).

2° El Procurador Judicial 168 para Asuntos Penales de Sincelejo considera que la demanda "es antitécnica y debe desecharse por ese motivo". Si bien se dice que el sentenciador ignoró la existencia de una norma, ello fue como consecuencia de falta de valoración probatoria, con lo cual el recurrente confunde "una causal de violación indirecta de la ley por error de derecho, con la causal primera directa de casación del artículo 220 del C.P." (fol. 56 ib.).

Con cita jurisprudencial, refrenda que en la vía directa no puede haber discusión en torno a las pruebas escogidas y valoradas por el senten-

ciador, pues sólo se discute la escogencia, el sentido o la interpretación de cada norma de derecho sustancial, aspecto al cual llega el casacionista "pero aduciendo como razón de su pedimento, que hubo un mal trabajo de apreciación probatoria, al no hacer el fallador, la valoración probatoria indicada por el recurrente".

Es del parecer que el censor debió alegar, como condición de procedibilidad para el estudio de la causal invocada, la prevista en el inciso segundo, "más concretamente, el error de derecho que se constituye cuando a la prueba se le niega el valor que la ley le asigna" (fols. 56 y 57 ib.).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dispone el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que la demanda de casación señale, entre otros puntos, la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, indicando en forma clara y precisa sus fundamentos y citando las normas que el recurrente estime infringidas, mientras el 226 ibidem determina que el recurso se declarará desierto si el libelo no cumple los requisitos formales.

No es entonces un escrito de libre elaboración, ya que al constituir el recurso extraordinario un enjuiciamiento técnico que se formula contra la sentencia impugnada y no un alegato de instancia, la ley exige que se sujete a una serie de reglas determinadas al efecto.

Acorde con lo que argumenta el Procurador Judicial ante el Tribunal, la causal de casación instituida por el numeral 1° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal contempla dos factores de vulneración de la norma de derecho sustancial: uno a causa de violación directa, en donde el censor dirige su razonamiento jurídico a demostrar la falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de la norma frente a los hechos definidos por el sentenciador, que acepta al igual que su apreciación probatoria.

El segundo también resulta de la conculcación de la ley sustancial, pero originada en error de apreciación de determinada prueba, por lo cual se conoce como violación indirecta, donde ha de especificarse y demostrarse si el fallador incurrió en yerro de hecho, al ignorar un medio de convicción que estaba debidamente incorporado o suponer el que no obraba en el proceso (falso juicio de existencia), o cuando se tergiversa su sentido (falso juicio de identidad); o si cayó en error de derecho, surgido de un falso juicio de legalidad proveniente de un vicio en la incorporación de la prueba que, a pesar de ello, es considerada, o porque se la repudia sin razón válida; o en falso juicio de convicción, que por regla general deviene improcedente, al no estar instituida en el sistema nacional la tarifa legal de pruebas.

En el asunto tratado, el único cargo expuesto por el recurrente aduce que el fallador ignoró la causal de inculpabilidad a que se refiere el artícu-

lo 40-3 del Código Penal y por ello aplicó en forma indebida el 323 ibídem, porque en su criterio el procesado obró bajo la convicción que ante las ofensas verbales proferidas por la víctima no sería culpable de darle muerte, pero esta "valoración probatoria no la hizo el fallador de segunda instancia" (fol. 44 cd. Trib.).

Tal planteamiento lo realiza el casacionista entremezclando, de manera contradictoria, asertos de violación directa, error de hecho, indebida aplicación y "error de existencia normativa", sin especificar, determinar apropiadamente ni separar tales conceptos, que no compaginan entre sí. Como ya se dijo, tratándose de la violación directa de la ley sustancial, el actor debió aceptar los hechos y la valoración probatoria efectuada por el juzgador, y no podía referirse a errores de hecho que, por el contrario, están entre los que se cometen en la apreciación de determinada prueba.

De pensar en un error de escritura y que fue a la violación indirecta a donde quiso acudir, tampoco se lograría claridad, pues el reproche apuntaría, por unos aspectos, al remoto error de derecho por falso juicio de convicción insinuado por el Procurador Judicial, en contra de la mención expresa del de hecho, al parecer por falso juicio de existencia, probablemente frente al testimonio de Juan Elías Naizir, quien estaría corroborando lo dicho por el procesado acerca de las injurias contra él lanzadas por la víctima, testimonio que estaría de más, independientemente de que el fallador lo haya o no tomado en cuenta, al resultar ostensible que asumió como real el injusto comportamiento generador del reconocido estado de ira.

Con todo, no puede la Corte reemplazar al demandante, interpretándole y supliendo las deficiencias de su postulación, en esos difícilmente descifrables enunciados que quedan sin el desarrollo ni la fundamentación que se requiere en casación.

No es tampoco procedente que el censor oponga su particular análisis frente al efectuado por los juzgadores de instancia, que viene precedido de la doble presunción de acierto y legalidad, cuando es deber del casacionista determinar explícitamente ante la Corte, no sólo los yerros de actividad o de juicio en que realmente se haya incurrido, sino también en qué forma llegó a conculcarse trascendentalmente la norma de derecho sustantivo.

Esto es omitido por el recurrente, quien en equivocada presentación optó por sostener lo que él mismo reconoce que su acudido no expresó, en cuanto a que el lenguaje soez contra él repetido, no sólo le condujo al estado de ira en que se le reconoció haber actuado, sino que le hizo creer que surgía justificación para matar al vituperador.

Como se ha observado, en el libelo que se analiza no hay claridad ni precisión, lo cual, además de los enunciados contradictorios, conduce a que, en obedecimiento a lo previsto en el citado artículo 226 del Código de

Procedimiento Penal, la Corte rechace la demanda por los requisitos formales que incumple y declare desierto el recurso interpuesto. Contra esta determinación, que adquiere ejecutoria en la misma fecha de su suscripción (art. 197 ib.), no cabe recurso alguno.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Rodrigo Carmelo Medina Ortega y, en consecuencia, declarar DESIERTO el recurso interpuesto.

Contra esta determinación no procede recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL-Cualificación del delito

Si bien es cierto el artículo 72 del C.P. ha señalado una serie de requisitos para que el procesado pueda optar por la libertad condicional, extensivos a esta forma de libertad provisional, ellos son concatenados e imprescindibles en su concurrencia. Es decir, al faltar uno, se quiebra el lazo conductor que permitiría conceder la libertad física antes del cumplimiento de la totalidad del tratamiento penitenciario.

Por ello, la entidad y cualificación del delito por el que se condena, las circunstancias en que se desarrollaron los hechos y la modalidad en que ocurrieron, así relatado en la sentencia condenatoria, la cual es una determinación que hace parte de la realidad procesal existente hasta ahora en el trámite penal y que debe servir de norte hasta tanto se dicte el fallo de casación, es lo que permite colegir la imposibilidad de llegar a un pronóstico favorable sobre la readaptación social del procesado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Proceso No. 13259

Aprobado Acta No. 124

VISTOS

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por el procesado Enrique Molano Calderón contra la providencia del 23 de julio de 1998, por medio de la cual se negó su libertad provisional.

LA CORTE CONSIDERA

1. Brevemente, la inconformidad del procesado con la decisión objeto de censura puede resumirse en lo siguiente:

Como primera medida, estima que no se trató de un daño pecuniario derivado de los programas del Estado, tal como se menciona en la provi-

dencia impugnada, sino de un auxilio destinado particularmente al Departamento de Boyacá.

Y, de otra parte, que no es posible negar el beneficio "... por la RAZON UNICA de la condena ...", la cual es objeto del recurso de casación, pues aún la sentencia no se encuentra en firme.

2. Siendo estos los motivos de impugnación, debe advertirse que, frente a lo primero, desazón y extrañeza causa la argumentación del censor que pretende colocar como motivo de censura la inexistente diferencia entre dineros pertenecientes al Estado y al Departamento de Boyacá, para efectos de la apropiación en el delito de peculado.

Con relación a lo segundo, debe decirse que si bien es cierto el artículo 72 del C.P. ha señalado una serie de requisitos para que el procesado pueda optar por la libertad condicional, extensivos a esta forma de libertad provisional, ellos son concatenados e imprescindibles en su concurrencia. Es decir, al faltar uno, se quiebra el lazo conductor que permitiría conceder la libertad física antes del cumplimiento de la totalidad del tratamiento penitenciario.

Por ello, la entidad y cualificación del delito por el que se condena, las circunstancias en que se desarrollaron los hechos y la modalidad en que ocurrieron, así relatado en la sentencia condenatoria, la cual es una determinación que hace parte de la realidad procesal existente hasta ahora en el trámite penal y que debe servir de norte hasta tanto se dicte el fallo de casación, es lo que permite colegir la imposibilidad de llegar a un pronóstico favorable sobre la readaptación social del procesado.

En este caso, como se dijo, atentar contra el erario público, así sea nacional, departamental, municipal, etc., no permite arribar a conclusión distinta.

Así pues, al no darse las exigencias que la ley determina para que se deba remover la decisión impugnada, será necesario insistir en la necesidad del cumplimiento total de la pena señalada en la sentencia condenatoria.

Entonces no otra cosa puede resolverse que desestimar el recurso y no reponer la providencia impugnada.

Por consiguiente, y en mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, NO REPONE la providencia objeto de impugnación.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PECULADO POR APROPIACION/ CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS/ ERROR DE HECHO/ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD

1. Para la tipificación de la conducta prevista en el citado artículo 146 del Código Penal no es necesario que el contrato ilegalmente tramitado pertenezca a una categoría determinada, o esté regulado por un régimen jurídico específico; lo que realmente cuenta es que haya sido celebrado por el servidor público en ejercicio de sus funciones, con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, y sin el cumplimiento de sus requisitos legales esenciales.

La estructura del tipo penal que define el delito no permite diferenciar entre contratos administrativos entendidos en sentido estricto y los que carecen de esta connotación, ni menos pregonar, a partir de una tal categorización, que la previsión normativa opera en relación con los primeros, con exclusión de los últimos.

2. El error de hecho por falso juicio de identidad derivado de la distorsión del contenido material de una determinada prueba, es sustancialmente distinto del que se origina en el establecimiento de su mérito, de naturaleza igualmente fáctica, pero de contenido diverso.

El primero surge cuando el juzgador al apreciar la prueba distorsiona su expresión fáctica poniéndola a decir lo que ella materialmente no dice. Es de carácter objetivo, contemplativo, y su demostración implica hacer evidente no solo que los fallos apreciaron la prueba contrariando su materialidad, sino que este desacierto condujo a una decisión contraria a la ley.

El segundo tiene ocurrencia cuando el fallador, en el proceso de fijar racionalmente el mérito de la prueba, se aparta caprichosamente de las reglas de la sana crítica, declarando por este modo unos hechos distintos de los que revela la verdad procesal. Es de carácter apreciatorio, y su demostración presupone acreditar que la apreciación realizada por los juzgadores se aparta de los postulados de la lógica, la ciencia o la experiencia, y que de no haberse presentado, la decisión habría sido sustancialmente distinta.

3. La sentencia no es una rueda suelta en el proceso. Su estructura conceptual está delimitada por el pliego de cargos. El intérprete no puede pretender que el funcionario judicial asuma en la sentencia la doble función de acusador y juzgador. Por consiguiente, si se pretende una correcta comprensión de la cuestión debatida, resulta imprescindible interrelacionar estas dos piezas procesales, de igual manera como se impone vincular en el estudio de una providencia en concreto, las distintas partes de las cuales está compuesta (fáctica, probatoria, considerativa y resolutiva) en procura de determinar su alcance.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Proceso No. 10295

Aprobado Acta No. 124

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 6 de octubre de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira condenó al procesado Eduardo Mejía Salazar a la pena principal de 66 meses de prisión, multa de $500.000.00, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la aflictiva, al declararlo responsable de los delitos de peculado por apropiación, celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales (en concurso homogéneo) y estafa.

Hechos

1. El 6 de febrero de 1991, Eduardo Mejía Salazar, en su condición de Gerente del Banco Popular sucursal de Pereira, constituyó las siguientes garantías bancarias respaldando supuestas operaciones de compraventa de bienes muebles, pero que en verdad avalaban préstamos de dinero realizados por Laureano Gómez Botero (LAGOBO) a clientes de la entidad:

-Garantía No. 004 en favor de Orlando de Jesús Díaz Loaiza, para compra de materiales hasta por la suma de $15'000.000.00, con vigencia de 180 días (fols. 18, 402 y 405 -1).

-Garantía No. 005 en favor de Martha Celeny Rivera de Díaz (esposa del anterior), para compra de materiales hasta por $15'000.000.00, con vigencia de 180 días (fols. 19, 403 y 404-1).

-Garantía No. 006 en favor de "Diroccidente S.A.", de la cual era accionista y Gerente Hernán Clavijo Gallego, para compra de papel hasta por $7'000.000.00, con vigencia de 180 días (fols. 20-1 y 40-5).

-Garantía No. 007 en favor de "Vestuario Informal Ltda.", empresa de la cual era socia y Gerente Olga Arango de Clavijo (esposa del anterior), para

adquisición de telas hasta por $10'000.000.00, con vigencia de 180 días (fols. 21-1 y 38-5).

-Garantía No. 008 en favor de Santiago López Vesga, socio de "Newfru de Colombia Ltda.", para compra de frutas hasta por $25'000.000.00, con vigencia de 180 días (fols.22-1 y 35-5).

-Garantía No. 009 en favor de Gonzalo Escobar Lozano, socio de "Newfru de Colombia Ltda.", para compra de frutas hasta por $25'000.000.00, con vigencia de 180 días (fols. 23-1 y 35-5).

En los días previos a su vencimiento, Laureano Gómez Botero se presentó al banco a exigir su pago por incumplimiento de las obligaciones contraídas por los clientes, pero la entidad, gerenciada para entonces por Alberto Restrepo Angel, se abstuvo de hacerlo pretextando ilegalidad en su otorgamiento.

Entre las razones que se dieron para no proceder a su cancelación, se relacionan las siguientes: a) Haber sido autorizadas para respaldar operaciones prohibidas; b) Pretermisión del proceso interno de estudio y aprobación; c) Ausencia de registro contable; y, d) No haberse exigido a los beneficiarios contragarantía alguna para proteger el patrimonio del banco.

2. En la misma fecha (febrero 6 de 1991), Mejía Salazar constituyó las garantías Nos. 010 y 011 en favor de William Espinosa Olaya y Alba Lyda Pugliese de Espinosa (esposa del anterior), respectivamente, por valor cada una hasta de $7'000.000.00, para compra de materiales, con vigencia de 180 días (fols. 07, 408, 410, 411, 415-1).

En relación con estos documentos la investigación estableció que las obligaciones que garantizaban no fueron adquiridas por los esposos Espinosa Pugliese, y que las letras de cambio utilizadas para respaldar las operaciones con el señor Laureano Gómez Botero correspondían a títulos firmados en blanco que se encontraban en poder del banco y que habían sido exigidas para garantizar otra clase de obligaciones.

3. El 15 de febrero de 1989, el Banco Popular otorgó a los esposos Cristina Montoya Buitrago y Javier Restrepo Velásquez un préstamo por $4'180.000.00. Por incumplimiento de esta obligación, la entidad bancaria debió promover proceso ejecutivo contra los deudores, a través de su apoderado general doctor José Joaquín Lizcano Villamizar (fols.29-1).

Con fecha 15 de marzo de 1991, Eduardo Mejía Salazar, en su condición de Gerente y Representante Legal del banco, solicitó al doctor Lizcano Villamizar, mediante memorando interno, dar por terminado el proceso judicial seguido contra los esposos Restrepo Montoya, y solicitar el levantamiento del embargo existente "POR HABER SIDO PAGADA TOTALMENTE LA OBLIGACIÓN" (fols.33), cuando en verdad ningún pago se había hecho.

En cumplimiento de esta orden, el doctor Lizcano Villamizar presentó el mismo día al Juzgado Primero Civil del Circuito de la ciudad de Pereira un memorial pidiendo la terminación del proceso, pretensión a la que accedió el Juzgado ordenando su archivo (fols. 29 vto. 1 y 539 y 540-2).

Previamente, Mejía Salazar había solicitado y obtenido el castigo de esta obligación (fols. 34, 35 y 36- 1), no obstante encontrarse amparada con garantía prendaria sobre el vehículo automotor Fiat, tipo camioneta, de placas HM-0857, de propiedad de Cristina Montoya Buitrago (fols. 31-1, 539 vto. y 540-2).

ACTUACIÓN PROCESAL

La investigación se inició con fundamento en la denuncia presentada el 8 de agosto de 1991 por el Gerente del Banco Popular Sucursal Pereira, Alberto Restrepo Angel, en contra de su predecesor Eduardo Mejía Salazar, quien desempeñó el cargo desde el día 11 de Julio de 1985 hasta el 14 de marzo de 1991, según documentos acompañados por el denunciante (fols.1, 11,12,46 y 60-1).

En diligencia de inspección judicial practicada en las oficinas del Banco Popular se estableció que las citadas garantías no aparecían registradas en los libros de contabilidad, y se obtuvo información del movimiento de las cuentas corrientes de algunas de las personas a cuyo favor se otorgaron, durante los primeros meses de 1991 (fols. 77 y ss.-1).

De la lista de beneficiarios de las garantías se escuchó en declaración juramentada a Orlando de Jesús Díaz Loaiza (fols.172), Martha Celeny Rivera de Díaz (fols.174-1), Hernán Clavijo Gallego (fols.228-1), Olga Arango de Clavijo (fols.238-1), José William Espinosa Olaya (fols.261-1) y Alba Lyda Pugliese de Espinosa (fols. 273-1).

Orlando de Jesús Díaz Loaiza sostiene que por sugerencia de Eduardo Mejía Salazar accedió a obtener unos créditos de Laureano Gómez para cubrir unas obligaciones vencidas que mantenía con el banco, limitándose a firmar con su esposa Martha Celeny los documentos respectivos. Personalmente no hizo ningún trámite. Los dineros fueron directamente recibidos y manejados por Mejía Salazar (fols. 172 y ss-1). Martha Celeny, por su parte, explicó que la negociación la hizo directamente su esposo y que ella se limitó a prestarle la firma (fols. 174-1).

Hernán Clavijo Gallego, Gerente de "Diroccidente S.A.", afirma la veracidad del contenido de la garantía No. 006. Expresa que personalmente solicitó su otorgamiento al banco Popular para respaldar la compra de varias toneladas de papel periódico de impresión al señor Laureano Gómez, tal como en ella se indica. No es cierto que se trate de una operación de mutuo disfrazada. Preguntado por la negociación realizada en la misma fecha por "Vestuario Informal Ltda.", de la cual es Gerente su esposa Olga

Arango, dijo no tener presente el monto ni las condiciones del contrato, puesto que algunas cosas ella las manejaba directamente (fols. 228 y ss..-1).

Al igual que su esposo, Olga Arango de Clavijo manifiesta que la garantía No.007 respalda realmente una negociación de telas con el señor Laureano Gómez por valor de $10'000.000.00, material que fue efectivamente recibido y trabajado en la empresa. Esta transacción, como todas las de compraventa de mercancías, la hizo directamente su esposo (fols. 238 y ss.-1).

José William Espinosa Olaya comenta que Mario Alvarez Medina, representante legal de "LAGOBO Ltda" (Laureano Gómez Botero), a quien no conocía, llamó a su casa a mediados del año de 1991 para informar que a nombre suyo y de su esposa Alba Lyda Pugliese existían unas obligaciones amparadas con garantía bancaria. Al adelantar las correspondientes averiguaciones vino a enterarse que se trataba de dos garantías, cada una por siete millones de pesos, otorgadas para respaldar obligaciones que nunca adquirieron. En vista de esto se comunicó con las oficinas del Banco Central Hipotecario de Bogotá donde laboraba Eduardo Mejía Salazar, quien tras confesar su abuso, se comprometió a responder por el pago de esos dineros. En un comienzo empezó a enviar plata para el pago de intereses, pero como su esposa lo llamó y lo amenazó con hacerle un escándalo en las oficinas donde trabajaba, Eduardo consiguió el dinero para pagar la obligación adquirida a nombre de ella, quedando pendiente la suya. Para respaldar esta última y evitar que lo ejecutaran giró un cheque personal por valor de $7'420.000.00 que incluía capital e intereses, para ser pagado cincuenta días después, el cual no pudo cancelar. A raíz de esto, fue demandado ejecutivamente con fundamento en una letra de cambio por valor de siete millones que él había firmado en blanco mucho tiempo atrás en las oficinas de Eduardo Mejía "dizque para posibles transacciones que hiciera yo con el banco y la sacó fue para beneficio de él" (fols. 261 y ss. .-1).

Alba Lyda Pugliese de Espinosa coincide con el relato hecho por su esposo, y señala que por información suministrada por Darío Alvarez, representante de "Lagobo Ltda..", supo que los dineros de las obligaciones adquiridas a nombre de ellos fueron entregados directamente a Eduardo Mejía (fols. 273 y ss. -1).

Se escuchó también en declaración juramentada a Laureano Gómez Botero y Mario Alvarez Medina, representante suyo en "Lagobo Ltda". Este último, quien estuvo a cargo de las operaciones a las cuales se ha venido haciendo alusión, sostuvo que éstas se realizaron por sugerencia de Eduardo Mejía, quien necesitaba financiar varios clientes del banco debido a que en éste se encontraban cerrados los créditos. En su primera versión afirmó que las operaciones de compra de bienes que se hacían aparecer en las garantías y en las facturas habían sido realmente efectuadas, pero

después aceptó que se trataba de préstamos de dinero garantizados por el banco, y que las facturas que las soportaban fueron elaboradas según instrucciones de la entidad bancaria. La entrega de los dineros se hizo en unos casos al Gerente del banco y en otros directamente a los clientes, siempre en cheques. Los dineros correspondientes a los esposos Espinosa Pugliese fueron recibidos por el Gerente del Banco, pero aparecen consignados en las cuentas de aquéllos, quienes se caracterizaron por ser los más puntuales en los pagos de intereses, además de que cancelaron en efectivo unas de las obligaciones y giraron un cheque para respaldar la otra (fols.156 vto. y 312). Dias después, allegó al proceso copias de los comprobantes de egreso de los créditos obtenidos, entre otros, por los esposos Espinosa Pugliese, indicando que la firma que aparece en el espacio correspondiente al beneficiario fue puesta en su presencia por Eduardo Mejía. Adjuntó también copia de los cheques girados por "Lagobo" a los beneficiarios de los créditos y de las letras de cambio aportadas por el Gerente del Banco junto con las garantías para la obtención de éstos (fols.35 ss. -4).

Darío Alvarez Meza (fols.68 vto.), Bernardo Gómez Vallejo (fols.73-1), Marjorie Arboleda Arango (fols. 292-1) y Jairo Fernando Salazar Giraldo (fols.296-1), empleados del Banco, declaran sobre las funciones desempeñadas por cada uno de ellos, el trámite que internamente debia seguirse para el otorgamiento de avales bancarios, y las condiciones a ser cumplidas para poder demandar el castigo de una obligación. Salazar Giraldo asegura haber intervenido en la apertura de las cuentas corrientes de los esposos Espinosa Pugliese, y aclara que cuando esta operación se lleva a cabo sólo se exige al cliente un pagaré firmado en blanco junto con una carta de instrucciones.

Llamados a declarar Javier Restrepo Velásquez y su esposa Cristina Montoya Buitrago sobre la obligación adquirida con el banco por $4'180.000.00 y la terminación del proceso ejecutivo iniciado en su contra, supuestamente por pago total del crédito, se informó por el primero de ellos que los préstamos obtenidos durante la gerencia de Eduardo Mejía Salazar fueron tres en total: El primero en el mes de julio de 1987, a nombre de su señora, por valor de $1'400.000.00, garantizado con prenda sin tenencia sobre el vehículo Fiat de placas HM-0857. El año siguiente acudió de nuevo al banco a solicitar un crédito por $1'500.000, pero Eduardo Mejía puso como condición que lo tramitara por un valor superior y le prestara la diferencia, con el compromiso que cada quien pagaba su parte. El préstamo se hizo finalmente por $4'500.000.00, de los cuales entregó personalmente a Gloria María González, esposa de Eduardo, la suma de $3'080.000.00, en dos contados de $1'500.00.00 y $1'580.000.00, como consta en los recibos que adjunta de mayo 20 y mayo 24 de 1988 (fols.252). En un comienzo debió cancelar las cuotas sobre el valor total, pero después de un tiempo empezó a atrasarse en su pago. En vista de esto, Mejía Salazar le propuso tomar un nuevo crédito a nombre de su esposa Cristi-

na, de cuyo pago se encargaría él directamente, para cancelar al banco las cuotas atrasadas y los dineros que le adeudaba por los abonos efectuados hasta entonces. De esta manera se llegó al tercer préstamo por valor de $4'180.000.00 a nombre de su esposa Cristina Montoya Buitrago y se pusieron al día las cuotas del anterior. Debido a la escasa demanda de trabajo se volvió a atrasar en el pago de las cuotas del préstamo a su nombre, siendo ejecutado por el banco junto con su fiador, quien canceló la obligación, quedando solo pendiente la adquirida a nombre de su esposa por valor de $4'180.000.00. Después de requerir a Mejía Salazar para que cumpliera su compromiso y escuchar promesas en el sentido de que él arreglaba el problema, logró que el día 15 de marzo de 1991 le hiciera entrega de un memorando interno dirigido al abogado del banco para que procediera a desembargar los bienes, pues en relación con este crédito se había iniciado también proceso ejecutivo, explicándole que se haría cargo de la deuda mediante una letra de cambio que entregaría al banco. Personalmente visitó al abogado para hacerle entrega del documento y días después el juzgado le devolvió los pagarés con la anotación de haber sido cancelados. Comenta que el memorando debía ser firmado por Darío Alvarez, pero como éste, en su presencia, se negó a hacerlo argumentando que la obligación no había sido cancelada, Eduardo lo firmó personalmente y se lo entregó (fols. 253 y siguiente-1 y 532-2).

Para respaldar sus aseveraciones el declarante adjuntó copia del contrato de prenda sobre el vehículo Fiat de placas HM-0857, el memorando interno de marzo 15 de 1991, el pagaré No.01-06590-4 por valor de $4'180.000.00, y los recibos de caja Nos.0477 y 0479 correspondientes al dinero entregado a la esposa de Eduardo Mejía Salazar (fols. 248 a 252-1).

En versión juramentada el abogado José Joaquín Lizcano Villamizar sostiene que en el mes de marzo de 1991 Javier Restrepo Velásquez lo visitó para hacerle entrega de un memorando del entonces Gerente Eduardo Mejía Salazar, ordenándole dar por terminado el proceso prendario seguido por el banco contra Cristina Montoya Buitrago, en donde se hallaba embargado un vehículo, por pago total de la deuda, procediendo por tanto de conformidad. Después se enteró que la obligación no había sido cubierta (fols. 66-1).

La Superintendencia bancaria, mediante escrito de 19 de marzo de 1993, informa sobre la naturaleza jurídica del Banco Popular, la participación porcentual del Estado, el régimen de personal, el otorgamiento de garantías y el castigo de obligaciones (fols.362-1). A la investigación se allegó también certificado sobre la composición accionaria del banco a 31 de diciembre de 1990 (fols.43-1), y copia de varias resoluciones de la Junta Monetaria relacionadas con el régimen de garantías y avales (fols. 81 y ss. -5).

Oído Carlos Eduardo Mejía Salazar en declaración indagatoria sostuvo que todas sus actuaciones como gerente el banco fueron transparentes, y

si llegó a excederse en sus atribuciones, lo hizo en el convencimiento de que la operación le reportaba beneficios al banco. Reconoce como suyas las firmas que aparecen en las garantías acompañadas a la denuncia, y se muestra extrañado por las afirmaciones que se hacen sobre su otorgamiento irregular. Afirma que dentro de sus funciones no estaba establecer la actividad comercial específica de Laureano Gómez, ni el manejo de la contabilidad del banco. Su gestión, como gerente, terminaba con la aprobación y firma del documento (fol. 176-1).

Resuelta la situación jurídica del indagado con medida de aseguramiento de detención preventiva y dispuesto el cierre de la investigación (fols.205-1, 344-1, 482-2 y 541-2), la fiscalía, por auto de 21 de julio de 1993, calificó el mérito del sumario con resolución de acusación por los delitos de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, peculado por apropiación y hurto (fols. 567-2). Apelada esta decisión, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, mediante proveído de 24 de agosto del mismo año, mantuvo la acusación con variantes en cuanto a su adecuación típica, así: Peculado por apropiación (art. 133 C.P.), consistente en haber propiciado el castigo de la obligación contraída por Cristina Montoya Buitrago con el banco por $4´180.000.00 y ordenado la terminación del proceso ejecutivo iniciado para obtener su recaudo; celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales (art.146 ejusdem), en concurso homogéneo, por haber constituido avales bancarios pasando por alto la exigencia de contragarantías, el registro contable, la verificación de los negocios supuestamente amparados, y su prohibición para operaciones de mutuo; y, estafa en cuantía de catorce millones de pesos, por haber obtenido, mediante maniobras engañosas, dicho dinero utilizando indebidamente el nombre y documentos de los esposos Espinosa Pugliese (fol. 667-2).

Rituada la causa, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de la ciudad de Pereira, mediante fallo de 9 de agosto de 1994, condenó al procesado a la pena principal de 68 meses de prisión, multa de $500.000.00 e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de la sanción aflictiva, y la accesoria de suspensión de la patria potestad por igual tiempo, como autor responsable de los delitos de peculado por apropiación, celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales (en concurso homogéneo) y estafa, de acuerdo con los cargos imputados en la resolución de acusación (fol.897-3).

Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal Superior, mediante el suyo que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación, lo confirmó en todas sus parte (fols.929, 938 y 957-3).

La demanda

Un cargo en relación con cada hecho punible presenta el demandante contra la sentencia impugnada, todos al amparo de la causal primera de casación.

Celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales.

Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de los artículos 146, 26, 1° y 3° del Código Penal, en armonía con el 247 del estatuto procesal, 1°, 80 y 221 del Decreto 222 de 1983, y 1° y 20 del Código del Comercio.

Después de aludir al contenido de los artículos 146, 1° y 3° del Código Penal y conceptualizar sobre lo que ha venido entendiéndose por tipos penales con ingredientes normativos, ubica dentro de esta categoría el definido en el artículo 146, indicando que de su estructura hacen parte los conceptos jurídicos (ingredientes) de empleado oficial y contrato administrativo, entre otros.

Con respecto de este último, afirma la necesidad de apuntalarlo con el modelo de Estado, el régimen de contratación administrativa y el sistema penal, en cuanto que es el modelo de Estado, por ejemplo, el que permite la caracterización del fenómeno jurídico llamado contratación estatal, exótico en el liberalismo clásico, con auge en el intervencionista y necesario en el Estado social de derecho.

En orden a desentrañar el "total desempeño" de este ingrediente normativo, considera imperioso analizar dos aspectos: los Antecedentes de la figura delictiva y el alcance de la contratación administrativa en operaciones de crédito. Con relación al primero, afirma que su existencia se originó en la comisión redactora de 1978, donde fueron tenidos en cuenta los Antecedentes del Código de 1936, que hablaba de delitos contra la administración pública, con referencia obvia a la contratación estatal.

En este último estatuto, en su artículo 167, dentro del rubro de "Delitos contra la Administración Pública" únicamente estaban comprendidas las llamadas "negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", que contenía lo que después vino a conocerse como "interés ilícito en la contratación". Dicha norma, disponía: "EL FUNCIONARIO, EMPLEADO PUBLICO o QUIEN DESEMPEÑE funciones públicas transitoriamente, que directa o indirectamente se interese en provecho propio en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo".

Esto, para concluir diciendo que el artículo 146 actual es "un tipo penal con ingredientes normativos, entre otros, el de CONTRATACION ADMINISTRATIVA".

Al referirse al segundo aspecto, sostiene que la sentencia aplicó el citado precepto sin tener en cuenta lo establecido en los artículos 1°, 80 y 221 del Decreto 222 de 1983 (subrogado por la ley 80 de 1993), que regulaba el alcance de la norma penal. Y si bien es cierto el estatuto contractual es aplicable a las entidades de economía mixta como el banco popular, y en dicho estatuto se encuentra reglado el contrato de empréstito, tal señala-

miento de aplicabilidad es exceptuado para las operaciones de crédito, según se desprende del texto del artículo 221:

"Entidades a las cuales se aplica este capítulo. La nación, ministerios y departamentos administrativos, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, y las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea directa o indirectamente el 90% o más de su capital, se someten a las reglas contenidas en este Capítulo.

"Sin embargo, las operaciones de crédito que dentro del giro ordinario de sus negocios, realicen las entidades públicas organizadas como entidades bancarias o autorizadas para operar como tales, se consideran especiales no sujetas a las siguientes disposiciones" (Subrayas del demandante).

En el caso sub judice, las operaciones realizadas tienen la connotación de operaciones de crédito, razón por la cual no estaban sujetas a las disposiciones del régimen de contratación administrativa, sino que le eran aplicables las normas del Código de Comercio (artículos 1° y 20), por tratarse jurídicamente de actos de comercio. De allí la impertinencia de esta imputación.

Peculado por apropiación

Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho provenientes de falsos juicios de identidad en la apreciación de las pruebas, en cuanto que el juzgador ofrece "a algunas de ellas, y en su conjunto a todas, un sentido que no corresponde a su contenido fáctico, excediendo la capacidad de demostración que la prueba apunta", y al hacerlo produjo una verdad procesal diversa del contenido de la misma.

Este proceder permitió la violación del artículo 133 del Código Penal al dar por estructurado un delito de peculado de imposible configuración fáctica, así como de los artículos 1°, 3°, 4° *ejusdem* y 247, 253, 254 y 445 del estatuto procesal, 221.2 del Decreto 222 de 1983, entre otros.

En el desarrollo del cargo descompone en sus elementos estructurales el tipo penal que describe el peculado por apropiación, para afirmar que la investigación logró acreditar la condición de sujeto activo cualificado del procesado, y la naturaleza jurídica de la entidad que gerenciaba, pero no la configuración de la conducta, puesto que no existió apropiación, ni los bienes pertenecían al Estado.

En efecto. La denuncia (cuyos apartes pertinentes transcribe) acepta el hecho del otorgamiento del crédito a los esposos Restrepo Montoya. También aparece el pagaré por la suma de $4'180.000.00 y otras pruebas que lo demuestran. Dicho dinero, en cuanto es objeto de préstamo, no pertenece al banco sino al deudor, por manera que con respecto de él no puede cometerse peculado.

La obligación gozaba de garantía personal como real, según documento de pignoración aportado al proceso, situación que demuestra que en caso de incumplimiento existía la posibilidad de ejecución judicial, como en verdad sucedió.

El recibo de caja que aparece por valor de $1'580.000.00 a folios 30 del cuaderno original, de fecha mayo 24 de 1988, correspondiente a dineros entregados por Javier Restrepo a CONFECOL Ltda. (empresa de Carlos Mejía) constituye un hecho totalmente ajeno a la investigación, puesto que el deudor podía realizar la operación que a bien tuviera con el dinero producto del préstamo efectuado por el banco.

Es un hecho la existencia del memorando interno suscrito por Eduardo Mejía Salazar, dirigido al abogado de la entidad bancaria, donde le solicita dar por terminado el proceso contra Cristina Montoya, pero la acreencia ya había sido cancelada. Darío Alvarez Mesa, funcionario de cartera del banco, así lo sostiene, al precisar que el crédito del vehículo fue cubierto por el doctor William Montoya. En cambio no logra hacer claridad sobre los otros créditos ni determinar sobre cuál recayó el castigo o la terminación del proceso.

Del contenido de las declaraciones de Javier Restrepo Velásquez se deduce que a nombre suyo y de su esposa existieron varios préstamos, dos de los cuales fueron totalmente cancelados: El de $4'500.000.00 por Fernando Arango Puerta en su condición de fiador; y, el amparado con el vehículo, que lo fue por Restrepo Velásquez y su nuevo propietario William Montoya Zapata. Luego no se entiende la razón para que el bien continuara pignorado e hiciera parte de un proceso ejecutivo promovido por deuda diversa.

De la declaración de Bernardo Gómez Vallejo, Jefe de la División de Crédito del Banco se establece, de otra parte, que el castigo de una obligación no implica su condonación, puesto que el banco puede seguir intentando su cobro, y que la decisión de castigar una deuda no es autónoma del Gerente, sino que debe haber sido previamente clasificada como de dudoso recaudo.

Todos estos elementos de juicio, y otros que permiten afirmar el pago del crédito de $4'180.000.00 por parte de la esposa de Salazar Mejía después de la solicitud de castigo y antes de la presentación de la denuncia, demuestra cómo el juzgador, al apreciar las pruebas, les otorgó un sentido que no corresponde a su contenido fáctico, excediendo su aptitud de demostración, y al hacerlo, produce una verdad procesal diversa del contenido de la misma.

El falso juicio de identidad se presentó al haber sido considerados como de propiedad del Estado bienes de terceros, o entender que hubo apropiación por haberse operado el castigo de una deuda que luego fue cancelada,

creando una verdad procesal inexistente en el campo fáctico. De esta manera, se le dio a la prueba un contenido que no poseía, una falsa interpretación, que de no haberse presentado habría llevado a una decisión distinta.

Estafa

Violación indirecta de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 356 del Código Penal, debido a errores de hecho en la apreciación probatoria, concretamente por haber dejado de considerar medios de prueba allegados materialmente al proceso, o haberlos tenido en cuenta solo parcialmente.

Después de transcribir y desmembrar el tipo penal que describe la estafa en sus elementos esenciales, afirma, a manera de introducción, que en el establecimiento de este hecho delictivo no fueron diferenciadas las funciones del procesado Mejía Salazar como Gerente del banco popular de sus actividades particulares, ni tenido en cuenta que los dineros respaldados con garantías llegaron a sus deudores, y que varios de ellos cancelaron sus créditos.

Se afirma por el juzgador la inducción en error de Laureano Gómez Botero (LAGOBO) debido al engaño de que habría sido víctima, consistente, según el texto de la denuncia, en la indebida utilización del nombre del banco popular por parte del procesado, situación que no guarda correspondencia con "las supuestas inexistentes víctimas del delito de estafa".

Transcribe apartes de los testimonios de José William Espinosa Olaya, Jairo Fernando Salazar Giraldo y Mario Alvarez Mesa para sostener que el dinero objeto del contrato de mutuo con los esposos Espinosa Pugliese fue recibido por ellos, y que dichos medios de prueba permiten descartar cualquier maniobra indebida con los documentos.

El fallo de primera instancia, al entrar a tasar los perjuicios de orden material en relación con el delito de estafa, hizo la siguiente precisión: "aunque se sabe que ascienden a 7 millones de pesos, y que los sujetos pasivos del delito son los esposos Espinosa Pugliese, la verdad es que se ignora quién es el perjudicado". De donde se sigue que éste no existe, pues la segunda instancia nada dijo al respecto, por lo que ha de entenderse que esta apreciación fue compartida por el *ad quem*.

Lo expresado permite "pensar" que los deudores recibieron el dinero del préstamo, que no existió perjuicio ni engaño, y que simplemente se está en presencia de una obligación civil. Conclusión distinta, sería crear un curioso proceso ejecutivo penal. La decisión de condena, por tanto, "desconoció la descripción del comportamiento, la presunción de inocencia, en cuanto faltó apreciar las pruebas antes anotadas o aun apreciándolas, no lo realizó con respecto a la sana crítica y en conjunto como lo ordena la norma sustancial".

Pide, en consecuencia, casar el fallo impugnado y dictar la sentencia de reemplazo, de conformidad con los cargos propuestos.

Alegatos apreciatorios

1. El Fiscal acusador se opone a la pretensiones de la demanda argumentando, en punto al primer cargo, que la remisión hecha por el casacionista al artículo 221 del Decreto 222 de 1983 resulta claramente impertinente, porque dentro del concepto de contrato estatal quedan comprendidos todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades estatales, previstos en el derecho privado, o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Además de esto, el reproche, en los términos planteados por el demandante, es equivocado, como quiera que se le pretende dar al citado artículo 221 un alcance que no tiene, y de paso desconocer que los contratos de empréstito a que alude la norma son procederes de grau calado, definidos como aquellos que tienen por objeto proveer a la entidad contratante de recursos en moneda nacional o extranjera, pudiendo ser externos o internos.

Por manera que ninguna "incidencia" existe entre el referido precepto y la conducta ilícita definida como "contrato sin cumplimiento de requisitos legales", por la cual fue condenado el procesado Eduardo Mejía Salazar.

En el análisis del segundo cargo (aplicación indebida del artículo 133 C. P.), hace dos precisiones: A la afirmación en el sentido de que los $4'180.000.00 objeto del último crédito no eran de propiedad del banco sino de los esposos Restrepo Pugliese, responde que es exótica, en cuanto desconoce jurídicamente la actividad por antonomasia de los bancos: prestar y captar dineros del público. Es evidente que al salir el dinero del patrimonio del banco dejaba de ser suyo naturalísticamente hablando, y pasaba a ser de propiedad de los beneficiarios del préstamo, quienes adquirían la obligación de pagarlo, deber de raigambre civil que reafirma la propiedad que detentaba la entidad bancaria sobre esa plata.

Al otro argumento del casacionista, consistente en que no existió apropiación, sostiene, después de incursionar en el estudio de la verdad fáctico procesal, que sus apreciaciones en este campo son totalmente erróneas, y las conclusiones a las que llegó son por contera igualmente equivocadas.

En respuesta al tercer reproche (aplicación indebida del artículo 356 C.P.), sostiene que el equivocado es el censor, como quiera que no atacó la prueba como lo manda la rigurosa técnica del recurso extraordinario, ni demostró sus asertos, sino que se limitó a construir un juego de palabras irrelevante de cara a la naturaleza del cargo, a partir de pruebas parcialmente analizadas.

No es cierto que los fallos hubieran afirmado la inexistencia de perjudicado, como tampoco lo es que las versiones de Jairo Fernando Salazar Giraldo y Mario Alvarez Mesa hayan infirmado las imputaciones contra el procesado (fol. 1060-3).

2. El representante de la parte civil solicita igualmente desestimar las pretensiones de la demanda, pues considera que ninguno de los cargos propuestos resulta apto para desquiciar la decisión impugnada.

Respecto de la imputación por el delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales, sostiene que la norma que lo describe no hace distinciones sobre la clase de negociación, pudiendo ser una de naturaleza distinta a la de carácter estrictamente administrativo, como ocurrió en el presente caso.

En seguida se refiere al cargo por aplicación indebida del artículo 133 del Código Penal para sostener, después de hacer una secuencia del proceso de otorgamiento del préstamo respectivo, que esta maniobra es constitutiva del delito de peculado, y que la solicitud de castigo de la deuda y la posterior orden de terminación del proceso ejecutivo iniciado para su recaudo son pruebas que reafirman su ánimo de apropiación.

En cuanto al tercer reparo (aplicación indebida del artículo 356 del Código Penal), afirma que el actor no hace cosa distinta de interpretar a su manera uno de los casos objeto de investigación, desconociendo el conjunto de garantías bancarias expedidas y de sobregiros cubiertos por Mejía Salazar bajo la misma modalidad (fol. 1087-3).

Concepto del Ministerio Público

Cargo primero

En criterio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, dos fallas técnicas presenta este reparo. En primer término, equivocada indicación del sentido de la violación; y, en segundo lugar, absoluto divorcio entre las posturas conceptuales del censor y los argumentos de las sentencias.

En cuanto al primer yerro, sostiene que el actor ha debido invocar errónea interpretación del precepto, en tanto que los desaciertos que se descubren en el raciocinio de las sentencias no se refieren a una indebida escogencia de la norma aplicada (art. 146), sino a un entendimiento injurídico de los conceptos "requisitos legales esenciales" que como elementos normativos del tipo figuran en la descripción legal.

Es lo que se infiere del contenido del capítulo dedicado a la fundamentación del cargo, donde el demandante dirige sus esfuerzos a demostrar que la expresión contrato debe entenderse con el alcance de contrato administrativo, y que las operaciones que dieron origen al proceso no tienen esta categoría, ni se encuentran regulados en el Decreto 222

de 1983, vigente cuando sucedieron los hechos; argumentos que indudablemente hablan de una equivocada exégesis del precepto, no de un error de selección.

En el análisis del segundo desacierto afirma que el impugnante limitó su escrito a posiciones jurídicas sin referencia alguna a los contenidos de las sentencias, y sin concretar los fundamentos del ataque, dejando circunscritos sus argumentos al ámbito de lo genérico, lo cual enerva su estudio, toda vez que no se logra demostrar en qué medida el fallo contiene la equivocación resaltada por el censor, "cómo ella influyó en el contenido de la decisión, de qué manera puede corregirse el yerro, ni el contenido nuevo que debería tener la sentencia, de reconocerse el yerro del juzgador".

Cargo segundo

Asegura que este reparo resulta poco menos que infundado, toda vez que el actor no aborda el análisis realizado en los fallos del contenido de las pruebas, en contra de lo que su materialidad revela, ni precisa las implicaciones de esa distorsión en la decisión de condena.

Aunado a esto, el contenido del cargo responde en ocasiones a los vicios alegados (distorsión de la prueba), pero también a falsos juicios de existencia por omisión, toda vez que se citan elementos de convicción que no fueron siquiera insinuados por el *ad quem* en la sentencia.

No se dividieron tampoco los ataques y esto le restó claridad a la demanda, además de que se pretende, a partir de apreciaciones personales, construir unos hechos desconociendo los que fueron objeto de percepción por parte de los juzgadores. Con apoyo en la denuncia, el libelista afirma por ejemplo la inexistencia del delito de peculado porque los apropiados (dinero) no pertenecían al Estado sino a los particulares, ubicando el momento de la apropiación después de su entrega, cuando éste, a juicio del sentenciador, se presentó por la condonación de la deuda.

Se ubican así elementos del delito por fuera de las conclusiones del Tribunal, pero no se hace esfuerzo alguno por demostrar en qué sentido se tergiversaron las pruebas, ni de qué manera se afectaron los intereses del procesado. Por estas razones, el reproche debe igualmente desestimarse.

Tercer cargo

Para el Procurador Delegado este reparo adolece de los mismos defectos de los anteriores, pues el censor inicia su demostración transcribiendo apartes de la denuncia y de algunos testimonios, para enseguida extraer conclusiones probatorias que si bien pueden corresponder a los pasajes transcritos, en modo alguno fueron enfrentados a los de la sentencia.

El casacionista se limita a argumentar que no existe claridad sobre los hechos que fueron considerados constitutivos del delito de estafa, dejando

sus argumentos en el plano de las meras hipótesis, sin demostración ni fundamentación jurídica que permita reconocer la vulneración de la ley sustancial.

De cada una de las pruebas supuestamente ignoradas hace un brevísimo recuento para llegar a conclusiones absolutas, sin que pueda negarse que toma en estudio apartes que considera importantes, pero que no alcanzan a demostrar errores en el proferimiento de la sentencia. Luego también este cargo debe ser desechado.

Casación oficiosa

No obstante la solicitud de desestimación de las pretensiones de la demanda por las razones que vienen de ser anotadas, la Delegada considera que la sentencia debe casarse oficiosamente porque su estructura y contenido violan las exigencias legalmente definidas para esta clase de decisiones (debido proceso) y afectaron materialmente las posibilidades de defensa del procesado.

En concreto, afirma que los fallos carecen de motivación, toda vez que se limitan a reiterar la relación de hechos acontecidos en el proceso -los que se presumen probados- y a decir pocas cosas sobre el alcance jurídico de esa situación fáctica, desconociendo que es obligación del sentenciador expresar las bases probatorias a partir de las cuales se deduce responsabilidad al imputado.

Transcribe el contenido del artículo 180 del Código de Procedimiento para destacar la importancia del requisito señalado en su numeral 4° (análisis de los alegatos y valoración jurídica de las pruebas en que ha de fundarse la decisión), y señalar que la falta de expresión de estas exigencias constituye una causal insaneable de nulidad porque viola el derecho a la defensa y quebranta el principio del debido proceso.

En el caso *sub judice*, los fallos de instancia incurrieron en esta irregularidad al pasar por alto tanto el estudio de las alegaciones de los sujetos procesales, como la valoración jurídica de las pruebas, generando de este modo un vicio de actividad que invalida el rito a partir del fallo de primer grado, y apremia su declaración oficiosa por parte de la Corte.

En efecto. Al referirse a sus intervenciones, el *ad quem* se limitó a resumirlas, sin ocuparse de hacer una "distinción y separación de las partes de un todo hasta llegar a conocer sus principios o elementos" o de realizar "una indagación o estudio acerca de las cualidades o circunstancias del hecho", que son las definiciones que en su orden trae el diccionario de la lengua de las expresiones "análisis" y "examen".

Con posterioridad a estos resúmenes (fol. 963 a 967), nada más dijo el Tribunal sobre ellos, ni siquiera para enfrentar los planteamientos de las partes a sus propias aseveraciones, menos para incorporar a la decisión

posturas que merecen un estudio en orden a determinar su procedencia o desestimación.

Ilustra sus aseveraciones con transcripción de apartes de la sentencia impugnada, fundamentalmente de aquellos que se refieren al estudio de la conducta en los delitos de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales y peculado por apropiación, para sostener, a partir de ellas, que su contenido es de tal pobreza que no permite conocer las razones por las cuales se llegó a la decisión de condena, ni establecer las bases probatorias que la determinaron, ni ejercer un derecho de contradicción adecuado. Ello, sin tener en cuenta que los hechos declarados probados en el fallo puedan corresponder a los consignados en las pruebas y que el análisis jurídico de éstas conduzca a esas conclusiones.

Muchas son las preguntas que surgen después de conocer el contenido del fallo en relación con el primer ilícito "¿En qué prueba se encuentra que el procesado autorizó unos contratos sin el cumplimiento de las exigencias de ley? ¿Cuáles fueron las varias cartas de crédito autorizadas por Eduardo Mejía a favor (sic) de Laureano Gómez Botero? ¿En dónde se halla la prueba de la expedición de tales cartas de crédito y qué implicaciones tienen las cartas de garantía frente al tipo penal que sirvió de sustento a la condena? ¿Podrían asimilarse las cartas de crédito a garantías bancarias? ¿Son las garantías bancarias los documentos a que se hace referencia con el nombre de cartas de crédito? ¿El beneficio que se predica es en favor del procesado? ¿Qué elemento de convicción acredita la obtención de dicho beneficio? ¿Qué considera el Tribunal debidas garantías? ¿Cómo determinó que el procesado no exigió las debidas garantías? ¿Qué incidencia tiene, frente al tipo penal previsto en el artículo 146 del Código Penal el hecho de que la Superintendencia -Qué Superintendencia- hubiera prohibido al banco popular prestar garantías? ¿Cuáles fueron los casos -además del de Espinosa Pugliese- que recibieron igual tratamiento de parte del acusado? ¿Cómo se determina la relación entre el detrimento patrimonial de Laureano Gómez Botero, el incremento patrimonial de los deudores y el ilícito actuar del procesado? ¿Quién sufrió, por qué y en qué medida la pérdida económica representada en la concesión de unos créditos? ¿Con fundamento en qué razones, normas u otras fuentes el Tribunal considera que los requisitos previstos en el Decreto 3223 de 1965 y la resolución 33 de 1970 (sic) de la Junta Monetaria son requisitos legales esenciales para el efecto de la adecuación típica del comportamiento a la descripción del artículo 146 del Código Penal?".

Todas estas preguntas y múltiples más quedaron sin respuesta en la sentencia, y aun cuando pudieron haber estado en la mente de los Magistrados que integraron la Sala de Decisión, no fueron expresadas, dejando sin fundamento alguno el proferimiento de la condena.

En relación con el delito de peculado por apropiación, se pregunta: "¿Cómo se determinó la apropiación del dinero? ¿Qué relaciones material y jurídica existieron entre el dinero objeto de la apropiación y el cargo de Gerente que desempeñaba el procesado? ¿Cuál es la prueba de estos hechos? ¿Cómo demuestra que el acusado hizo cesar el juicio de ejecución, máxime si se tiene en cuenta que el memorando para tal fin fue suscrito cuando ya no era Gerente del Banco? ¿Tenía el procesado facultades para hacer cesar el proceso civil? ¿Existían condiciones materiales que permitieran el desistimiento de la ejecución? ¿Qué connotaciones jurídicas tiene en el derecho civil y respecto del delito de peculado esa 'cesación' de la ejecución? ¿Cómo se vio afectado el patrimonio del banco con la cesación de la ejecución? ¿Qué importancia pudo tener el hecho de que el procesado hubiera dado la orden de cesar el juicio civil cuando ya no era Gerente del Banco Popular?

Tampoco estos interrogantes hallan explicación en la sentencia, siendo ésta una simple relación de hechos y conclusiones inexplicadas del Tribunal que no contienen motivación jurídica ni probatoria alguna. Y de las mismas características son los demás acápites de la sentencia de segunda instancia. Igual acontece con la de primer grado, como que tampoco se ocupó de realizar el análisis de los alegatos presentados, limitándose a resumirlos, ni de expresar la valoración jurídica de las pruebas.

Copia algunos apartes de esta decisión relativos a la estructuración del delito de peculado y se pregunta "¿Qué pruebas fundamentan que el dinero era de propiedad del banco? ¿A qué dinero se refiere el juzgado? ¿Si el dinero se considera extraviado, qué incidencia tiene para el análisis jurídico de la situación que el banco popular, siendo sociedad de economía mixta se encuentre regido por disposiciones aplicables a entidades bancarias?".

Nada quedó claro con esta la decisión; muchos aspectos fácticos y jurídicos quedaron sin sustento alguno; no se sabe por qué motivos el juzgador asume que las sumas de dinero objeto material del delito salieron del haber legal del banco sin causa legal para ello, siendo que más adelante admite que algunos dineros fueron a dar a manos de particulares en desarrollo de un contrato de mutuo.

Se hace una reseña de la forma como ocurrió la presunta apropiación, pero no se especifica de qué manera se llega a una serie de conclusiones que se consignan en la sentencia, tales como la garantía prestada por los acreedores a favor del banco, el condicionamiento que hizo el Gerente para la concesión del crédito a favor de los esposos Restrepo-Montoya, las incidencias que frente a las leyes civiles y penales puede tener la solicitud de castigo de una deuda, o el hecho que hubiese sido el procesado quien ordenó la terminación del juicio de ejecución.

En síntesis, los fallos no cumplen con los requisitos mínimos de contenido que debe reunir una decisión de esta naturaleza, razón por la cual la nulidad surge nítida, no requiriéndose ninguna otra consideración para su reconocimiento. Pide, por tanto, que se desestime la demanda y oficiosamente se case el fallo impugnado para decretar la nulidad de la actuación procesal a partir de la sentencia de primera instancia inclusive.

SE CONSIDERA

Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

1. Sentido de la violación:

En este primer reproche el casacionista denuncia violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 146 del Código Penal, planteamiento que la Delegada cuestiona por considerar que la escogencia del sentido de la violación es técnicamente equivocada, en cuanto que ha debido invocarse interpretación errónea del precepto.

Dentro de la división tripartita de los sentidos de la violación en aplicación indebida, falta de aplicación e interpretación errónea, de absoluto dominio tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de la Corte, este último tiene un marco de caracterización inconfundible: presupone correcta la selección de la norma. ¿En qué consiste entonces el error? En asignarle al precepto que debe regular el caso un sentido jurídico que no tiene o unas consecuencias que no causa.

Se presenta, en cambio, la aplicación indebida, cuando el juzgador se equivoca en el proceso de subsunción de los hechos en el derecho, o cuando habiendo acertado en este proceso de adecuación, termina aplicando una norma distinta de la inicialmente seleccionada.

El cargo planteado por el libelista se encuentra soportado en la consideración de que la conducta imputada al procesado es atípica, situación que, de acuerdo con las precisiones que vienen de hacerse, sería constitutiva de un característico caso de error de selección, no de interpretación de la norma, como equivocadamente lo plantea la Delegada.

Si se aceptara la tesis del Procurador Tercero, habría que empezar por afirmarse que para el casacionista el artículo 146 estuvo correctamente seleccionado, siendo la norma que debe regular el caso, y que la discusión sólo se presenta en torno de sus alcances o efectos jurídicos, lo cual no corresponde con lo que es en rigor su planteamiento.

La Sala entiende que a la aplicación indebida o inaplicación de un precepto legal puede llegarse porque el juzgador malinterpreta su alcance. Pero la determinación del sentido de la violación no puede hacerse depender de las razones que determinaron el error, muchas veces ni siquiera precisadas en las providencias, sino del error mismo, es decir, de su concreción en las equivocadas apreciaciones jurídicas.

2. Contenido del cargo:

Se equivoca el actor al considerar que el objeto de la conducta descrita en el artículo 146 del Código Penal está referido exclusivamente a los contratos de naturaleza estrictamente administrativa, por oposición a los llamados de derecho privado de la administración, dentro de la clasificación dual que traía el Decreto 222 de 1983, vigente para cuando ocurrieron los hechos.

El tipo penal no hace esa diferenciación, ni del contenido del elemento normativo configurante del objeto de la conducta (el contrato) es posible inferirla. El servidor público, en desempeño de sus funciones, no sólo celebra contratos de índole administrativa, entendidos por tales aquellos que en sus efectos y disputas litigiosas deben someterse a las normas del derecho administrativo; también suscribe contratos de derecho privado, es decir de índole civil, comercial o laboral, no regulados por el derecho administrativo, sino por las respectivas normas de la especialidad (arts. 16 y 17 *ibidem*).

Como es de elemental obviedad entenderlo, en la celebración de esta última clase de contratos el servidor público debe igualmente lealtad a la administración, y también en ellos está obligado a cumplir los requisitos que para cada caso la ley establece. La transparencia, moralidad y eficacia de la actividad contractual estatal no puede estar referida a solo una modalidad de contratación, pues tan nocivas pueden ser las consecuencias de una negociación amañada en el ámbito de lo estrictamente administrativo, como en el campo del derecho privado, para utilizar la diferenciación propuesta por el actor.

Es de precisarse que el actual estatuto de contratación de la administración pública (ley 80 de 1993) no hace esta distinción, y que los contratos celebrados por ella, cualquiera sea su naturaleza, conforman una categoría única (criterio de la naturaleza unitaria de los contratos de la administración), bajo la denominación de contratos estatales, entendiéndose como tales todos aquellos actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades públicas, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 32 ejusdem).

Este mismo estatuto, en sus artículos 57 y 58, introdujo modificaciones al capítulo del Código Penal que trata de la celebración indebida de contratos (artículos 144, 145 y 146), sin entrar tampoco en el campo de las distinciones, sino con expresa alusión a las conductas constitutivas de infracción a las normas de contratación de la administración pública, dentro de cuyo concepto, como viene de verse, están comprendidas las distintas categorías de contratos celebrados por las entidades estatales.

En síntesis, para la tipificación de la conducta prevista en el citado artículo 146 del Código Penal no es necesario que el contrato ilegalmente

tramitado pertenezca a una categoría determinada, o esté regulado por un régimen jurídico específico; lo que realmente cuenta es que haya sido celebrado por el servidor público en ejercicio de sus funciones, con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, y sin el cumplimiento de sus requisitos legales esenciales.

La distinción planteada por el casacionista con fundamento en los artículos 80 y 221 del Decreto 222 de 1983, para afirmar la atipicidad de la conducta, carece por tanto de sentido y deviene impertinente al caso, pues la estructura del tipo penal que define el delito no permite diferenciar entre contratos administrativos entendidos en sentido estricto y los que carecen de esta connotación, ni menos pregonar, a partir de una tal categorización, que la previsión normativa opera en relación con los primeros, con exclusión de los últimos. De allí que carezca de sentido entrar a determinar, con fundamento en las normas invocadas por el demandante, si los contratos de garantía bancaria suscritos por el acusado para avalar supuestas operaciones de compraventa de bienes muebles de terceros, estaban o no sujetos al régimen de contratación administrativa.

La operancia de la norma que define la conducta, se insiste, dice relación con cualquier tipo de contrato celebrado por las entidades públicas, llámeseles de derecho administrativo, de derecho común o de regulación especial, y en este correcto entendido fue aplicada en los fallos de instancia, descartándose, por tanto, la configuración del error denunciado.

El cargo no prospera.

PECULADO POR APROPIACIÓN

El error de hecho por falso juicio de identidad derivado de la distorsión del contenido material de una determinada prueba, es sustancialmente distinto del que se origina en el establecimiento de su mérito, de naturaleza igualmente fáctica, pero de contenido diverso.

El primero surge cuando el juzgador al apreciar la prueba distorsiona su expresión fáctica poniéndola a decir lo que ella materialmente no dice. Es de carácter objetivo, contemplativo, y su demostración implica hacer evidente no solo que los fallos apreciaron la prueba contrariando su materialidad, sino que este desacierto condujo a una decisión contraria a la ley.

El segundo tiene ocurrencia cuando el fallador, en el proceso de fijar racionalmente el mérito de la prueba, se aparta caprichosamente de las reglas de la sana crítica, declarando por este modo unos hechos distintos de los que revela la verdad procesal. Es de carácter apreciatorio, y su demostración presupone acreditar que la apreciación realizada por los juzgadores se aparta de los postulados de la lógica, la ciencia o la experiencia, y que de no haberse presentado, la decisión habría sido sustancialmente distinta.

Al sostener el demandante que los juzgadores de instancia otorgaron a algunas pruebas un sentido fáctico que no corresponde a su contenido, con desconocimiento de la sana crítica y excediendo su capacidad de demostración, refunde antitécnicamente las dos modalidades de error que vienen de ser analizadas, introduciendo de entrada confusión al planteamiento, lo cual se revela a lo largo de todo su desarrollo.

Resulta manifiesta, además, la ausencia de fundamentación de la censura, pues el demandante no aborda, como acertadamente lo destaca el Procurador Delegado en su concepto, el análisis concreto de los errores denunciados frente a los fallos de instancia, ni los identifica, ni acredita su trascendencia, manteniéndose, por el contrario, en el campo de las generalidades, conceptualizaciones y apreciaciones personales, sin preocuparse de su demostración.

Ni siquiera acierta en la comprensión de los hechos que sirven de fundamento a la acusación por el delito de peculado, claramente definidos en el pliego de cargos y los fallos de instancia, que relacionan el acto de apropiación con la orden de terminación del proceso, no con la gestiones orientadas a obtener el castigo de la obligación, ni con el otorgamiento del crédito. De allí que las alusiones del actor a estos últimos aspectos, en procura de acreditar que no existió apropiación, resulten equivocadas.

No obstante estas inconsistencias técnicas, de suyo suficientes para desestimar la censura, la Sala considera necesario hacer algunas precisiones en relación con su contenido:

1. Al ordenar el sentenciado, en calidad de Gerente del Banco Popular, la terminación del proceso ejecutivo seguido en contra de los esposos Restrepo Montoya, por cancelación total del crédito, sin que el pago hubiera sido realmente efectuado, dispuso ilícitamente de un activo de la entidad, afectando de este modo su patrimonio. Esta es una verdad incontrovertible, que logró demostrarse con prueba documental y testimonial regularmente aportada al proceso, como el memorando interno suscrito por el procesado impartiendo la orden al abogado de la entidad (fols.33-1), el memorial de éste solicitando al juzgado la terminación del proceso (fols.539-2), las certificaciones del Juzgado en dicho sentido (fols.29 vto.-1 y 540-2), y los testimonios de Javier Restrepo Velásquez (ejecutado) y el abogado José Joaquín Lizcano Villamizar (fols. 66-1, 253-1, 532-2, 66-1).

2. Las afirmaciones del casacionista, en el sentido de que el crédito ya había sido cancelado cuando se dio la orden de terminación del proceso, obedecen a una confusión suya en el análisis de la prueba que informa de la cancelación de los dos primeros créditos otorgados a la familia Restrepo Montoya, pues en relación con el último, por valor de $4'180.000.00, es claro que no había sido cubierto.

3. La circunstancia de que el crédito aparezca respaldado con garantía prendaria sobre el vehículo Fiat de placas HM-0857, resulta explicable si

se toma en cuenta que la prenda inicialmente constituida tenía la connotación de abierta, según consta en las cláusulas primera y segunda del respectivo contrato, y que en tales condiciones no sólo avalaba las obligaciones actuales del deudor, sino las que en un futuro pudiera llegar a contraer con el banco (fols. 31-2).

El cargo no prospera.

Estufa

Este reparo adolece de los mismos defectos de orden técnico y de fundamentación del anterior. El censor omite entrar en el análisis de los elementos de prueba que fundamentaron la decisión de condena, y los términos en los cuales ha sido formulado y desarrollado el reproche no permiten determinar con claridad si el error denunciado se presentó debido a falsos juicios de existencia o identidad, o a transgresiones a los postulados de la sana crítica.

Con fundamento en el contenido de la denuncia y los testimonios de José William Espinosa Olaya (supuesto beneficiario del crédito), Jairo Fernando Salazar Giraldo (oficinista del banco encargado de la apertura de cuentas corrientes) y Mario Alvarez Mesa (Gerente de LAGOBO), el demandante procura demostrar que el procesado no utilizó documentos suscritos en blanco y que los dineros objeto de los préstamos fueron efectivamente recibidos por los esposos Espinosa Pugliese.

En este propósito transcribe apartes de cada una de estas pruebas para fijar su posición personal en el sentido ya indicado, y cuestionar la falta de claridad de la denuncia en la imputación de este ilícito, pero sin hacer precisiones sobre la naturaleza del error cometido en cada caso y su trascendencia; únicamente amparado en la consideración según la cual una correcta aplicación de las normas de la sana crítica permitía arribar a esas conclusiones.

En suma, termina anteponiendo a las deducciones probatorias del fallo sus propias conclusiones, dentro del marco de un ataque a la verosimilitud de los medios de prueba, de imposible aceptación en esta sede, en virtud de la relativa libertad de que gozan los juzgadores en su evaluación, limitada sólo por las reglas de la sana crítica, cuya transgresión tampoco demuestra.

De todas formas, el alcance que el demandante pretende darle a los testimonios de José William Espinosa Olaya, Jairo Fernando Salazar Giraldo y Mario Alvarez Mesa es equivocado. Espinosa Olaya, si bien es cierto reconoce haber suscrito la letra utilizada en la tramitación del préstamo ante Laureano Gómez, no acepta, como pretende hacerlo ver el libelista con citas descontextualizadas de su dicho, haberlo hecho para esos propósitos. Y de la afirmación de Salazar Giraldo, en el sentido de que en el acto de apertura de las cuentas corrientes los esposos Espinosa Pugliese no sus-

cribieron letras en blanco, sino pagerés, no significa que posteriormente el procesado no las hubiera exigido, como lo sostiene Espinosa Olaya.

Ni siquiera puede decirse que entre las versiones de este último y el empleado bancario exista contradicción, pues Espinosa Olaya no asegura haber suscrito las referidas letras en presencia de dicho testigo, ni haberlo hecho en el acto específico de apertura de la cuenta, como puede verse en los siguientes apartes de su relato: "la letra la había cambiado yo, firmado yo, mucho tiempo antes en la gerencia de Eduardo Mejía Salazar dizque para posibles transacciones que hiciera yo en el banco y la sacó fue para beneficio de él... todo lo que yo firmaba en el banco era en blanco, esas letras, esa letra de siete millones era en blanco, no recuerdo la fecha en que firmé la letra, posiblemente cuando abrí la cuenta o después de que saqué telecaja, credibanco o de pronto los mismos documentos que él decía que para tener como garantía en el banco, yo abrí la cuenta y él ya estaba en el banco como gerente, yo la abrí por iniciativa mía porque yo ya lo conocía a él desde planeación y como gerente de Bancoquia, entonces uno abre la cuenta donde uno tenga amigos, él gozaba de mucho prestigio y era muy honorable, yo no sé que le pasó a lo último" (fols. 263 vto. y 264).

Alvarez Mesa, por su parte, reconoce que los créditos de William Espinosa Olaya y Alba Lyda Pugliese fueron gestionados directamente por Mejía Salazar, sin intervención de aquéllos, y que el procesado fue quien recibió los cheques. El señalamiento que les hace de haberse beneficiado de los dineros objeto del préstamo lo infiere de la circunstancia de haber sido los únicos que pagaron intereses y parte de la deuda, reflexión que podría tener sentido de no encontrarse acreditado que los esposos Espinosa Pugliese venían recibiendo esos dineros del procesado, por intermedio de su esposa.

La pregunta que imponían las reglas de la sana crítica no debió fundarse, por tanto, como lo hace el casacionista, en la referida reflexión interesada del testigo, sino en la consideración de por qué el procesado, siendo ajeno a la imputación que se le hace, aportaba en acto de liberalidad los dineros para la cancelación de esas obligaciones.

El otro cuestionamiento que el actor presenta al interior de este cargo, consistente en haber las sentencias reconocido expresamente la ausencia de un perjudicado y por consiguiente de perjuicios, siendo en tales condiciones la conducta atípica, debió plantearse por la vía de la causal primera, cuerpo primero, en capítulo separado, pues el debate, en los términos propuestos, no tendría motivaciones probatorias.

Además de su incorrecta formulación, no es cierto que los fallos hayan afirmado la inexistencia de este elemento estructurante del hecho punible. Cuando el Juez de primera instancia afirma ignorar "quién es el perjudicado", está aludiendo a la dificultad de precisar si es la entidad bancaria, la sociedad prestamista o los esposos Espinosa Pugliese, pero siempre

en el entendido que uno de ellos, algunos o todos, han de serlo. Para mayor ilustración véanse en su contexto las precisiones del a quo:

"Perjuicios... En relación con la estafa... Materiales. Aunque se sabe que ascienden a siete millones de pesos, y que los sujetos pasivos del delito son los esposos Espinosa Pugliese, la verdad es que se ignora quién es el perjudicado. Hasta donde se tiene conocimiento, a LAGOBO todavía le deben el dinero; figuran como deudores los citados cónyuges, pero de una plata que no recibieron, que no disfrutaron; ahora, aunque el banco está como garante, insistentemente ha venido negando el pago. Así las cosas, pensamos que lo mejor es abstenerse el Juzgado de condenar en concreto" (fols. 917-3).

El cargo no prospera.

Nulidad planteada por la Delegada

No puede ser lo mismo que una decisión judicial adolezca de defectos de motivación de alcance invalidatario, que las partes no compartan sus fundamentos fáctico-jurídicos o su estructura lógico formal. De esta última partida parecieran ser las reflexiones del Procurador Delegado, pues la verdad es que buena parte de sus apreciaciones no coinciden con la historia fáctico procesal, y muchos de los interrogantes que plantea resultan ajenos a la cuestión debatida, cuando no de comprensión elemental, que por lo mismo no requieren de complejas exposiciones dogmáticas.

No se discute que los fallos puedan no constituir una obra impecable en el campo de la argumentación jurídico dialéctica, o que su esquema lógico estructural no sea el óptimo, pero esta no es circunstancia que pueda viciar de nulidad el proceso. Para que ello acontezca se requiere que la decisión carezca en absoluto de sustentación, o que las razones que se aducen (de orden probatorio y jurídico) no alcancen a traslucir su fundamento, comprometiendo el derecho de defensa, situación fáctico procesal que está distante de haberse presentado en el caso *sub judice*.

En el fallo de primer grado, el juzgador, después de concretar los hechos, las alegaciones de las partes y el contenido de la actividad probatoria, analiza separadamente las conductas típicas, su antijuridicidad, y la culpabilidad del procesado, no desde luego en la forma como lo pretende el Procurador Delegado, pero sí de manera clara y precisa, sin concitar la menor duda sobre la naturaleza y alcance de la imputación, ni sobre las pruebas que servían de soporte.

Desbordando las limitaciones que el objeto de la impugnación le fijaba, y que no fueron tomadas en cuenta por el Procurador, similar análisis realizó el Tribunal, asumiendo con evidente amplitud el estudio de las conductas punibles, y trayendo al efecto argumentos suficientemente inteligibles sobre el compromiso penal del procesado en cada una de ellas.

En ambos pronunciamientos los juzgadores hicieron además alusión expresa a los alegatos de las partes, y muy específicamente a los de la

defensa, no siendo cierto, por tanto, que se hayan limitado a resumir sus intervenciones sin ni siquiera enfrentarlas a sus propios planteamientos. Un desprevenido estudio de los fallos permite advertir que en el de primer grado, bajo el título de "RESPUESTA A LA DEFENSA", se asume por el Juez esta tarea (fols.913 y 914-3), y que el Tribunal, en el numeral 7.3 de la parte considerativa, bajo el enunciado "RESPUESTA A LAS ALEGACIONES DE LA DEFENSA", hace otro tanto (fols.975 y 976 *ibidem*). La contestación a los otros sujetos procesales no podía ser distinta de la decisión misma, dada la postura asumida por ellos.

En punto a los interrogantes que el libelista se plantea respecto de la imputación del delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales, no deja de sorprender que el representante de la sociedad pregunte por las garantías bancarias ilegalmente otorgadas por el procesado, o manifieste inconformidad porque los juzgadores no entraron a fijar posturas doctrinales sobre lo que ha de entenderse por garantías bancarias y cartas de crédito.

La sentencia no es una rueda suelta en el proceso. Su estructura conceptual está delimitada por el pliego de cargos. El intérprete no puede pretender que el funcionario judicial asuma en la sentencia la doble función de acusador y juzgador. Por consiguiente, si se pretende una correcta comprensión de la cuestión debatida, resulta imprescindible interrelacionar estas dos piezas procesales, de igual manera como se impone vincular en el estudio de una providencia en concreto, las distintas partes de las cuales está compuesta (fáctica, probatoria, considerativa y resolutiva) en procura de determinar su alcance, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en imprecisiones como las que ofrece el concepto que viene siendo objeto de estudio.

Las garantías bancarias (denominación que utiliza el propio banco) ilegalmente otorgadas por el procesado, fueron aportadas algunas en copia y otras en original al proceso, y tanto en la resolución de acusación como en las sentencias, se hace expresa alusión a ellas, indicando que lo fueron por la suma de $97'000.000.00. Es decir, las correspondientes a la numeración 0004 a 009, que son las que suman ese valor, pues respecto de las dos restantes (010 y 011), se imputó el delito de estafa. Preguntarse, por tanto, en dónde está la prueba de la expedición de estas garantías, como lo hace la Delegada, resulta extravagante e insólito.

En relación con los requisitos legales omitidos en su otorgamiento, la resolución de acusación y los fallos repetidamente relacionaron la suplantación del objeto del contrato, ausencia de asientos contables, preterm isión del proceso interno de estudio y aprobación, y no haber sido exigidas contragarantías, entre otros. Lógicamente, no todos ellos tienen la connotación de requisitos legales esenciales, como lo exige la norma, pero las relacionadas con el objeto del contrato sí la detentan, y es claro que el

procesado para burlar las normas legales que prohibían la constitución de este tipo de garantías sobre operaciones de mutuo (Resolución 033/76 de la Junta Monetaria =Fls.362-1 y 81-5=), decidió disfrazar las operaciones haciéndolas aparecer como compraventa de bienes muebles.

Respecto de la condición de servidor público del procesado para el día 15 de marzo de 1991, fecha en la cual impartió la orden de dar por terminado el proceso ejecutivo prendario por pago de la obligación, ha de precisarse que este aspecto no fue objeto de controversia en la etapa de juzgamiento -lo cual explica el silencio de las sentencias en torno al punto, pero sí en la instrucción, habiendo sido explicado en la resolución de acusación de segunda instancia que el procesado, si bien es cierto aparecía laborando hasta el día 14 de marzo de 1991, según constaba en la prueba documental acompañada a la denuncia, había suscrito y sellado la orden en calidad de Gerente de la entidad, lo cual indicaba que esa actividad la cumplió antes de hacer entrega del cargo.

Este planteamiento resulta razonable si paralelamente se toma en cuenta que Javier Restrepo Velásquez recibió el memorando en las oficinas del banco de manos de Mejía Salazar, quien lo firmó en presencia suya y de Darío Alvarez Mesa (empleado de cartera), y que el abogado de la entidad bancaria procedió a ejecutar la orden sin objetar su legitimidad. Además, en los registros de la Superintendencia Bancaria aparece que el procesado laboró hasta el día 15 de los referidos mes y año (fols.362-1).

Ningún motivo válido, por consiguiente, encuentra la Sala para considerar que el proceso pueda estar afectado de nulidad por defectos de motivación de las sentencias, o errónea calificación jurídica de la conducta referida al peculado, como lo plantea el representante del Ministerio Público en su concepto.

En mérito de lo expuesto, la *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

El trusitado deterioro de la moral pública, hacen que las autoridades competentes deban ejercer la potestad punitiva del Estado en su máxima expresión, en eventos como el que ocupa la atención de la Sala; pues en tratándose de delitos contra la administración y la fe pública, no puede menos la administración de justicia, que actuar con el máximo celo en el ejercicio de la función constitucional y legal. pues mal puede perderse de vista que ante los niveles alarmantes de corrupción administrativa en que se debate el país, lo menos que se puede hacer ante este gigantesco flagelo, es aplicar la administración de justicia con rigurosidad, en orden a que se cumplan las potestades coercitivas del Estado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C. veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Proceso No. 12884

Aprobado Acta No. 126

VISTOS

Nuevamente la procesada Luz Adriana Sánchez Ramírez solicita la libertad provisional al amparo del artículo 72 del Código Penal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Desde la Cárcel del Circuito Judicial de Jericó (Antioquia) la procesada Luz Adriana Sánchez Ramírez, en escrito que precede demanda su libertad provisional conforme al numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el artículo 72 del Código Penal, aspiración que proyecta por considerar que ha cumplido con los requisitos contemplados para la concesión del beneficio.

Apuntando al éxito de su pretensión anexa certificado que califica su conducta como ejemplar, cartilla biográfica y nuevo certificado en el que acredita 440 horas de trabajo realizado en prisión (fols. 40 a 42 cdno. Corte).

2. La señora Sánchez Ramírez fue condenada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, mediante sentencia de septiembre 5 de 1996, a la pena de seis (6) años de prisión por los delitos de Falsedad Ideológica en documento público en concurso con Peculado por Apropiación (fol. 709 cdno. 2).

La procesada se halla privada de la libertad desde el 16 de agosto de 1995 (fol. 409 cdno. 1) significa que cumple en dicha restricción 3 años 9 días. En auto de julio 7 del año que avanza (fol. 23 cdno. Corte), reconoció la Sala por trabajo y estudio realizado en prisión una redención de pena de 10 meses 27 días, tiempo al que se adicionan 27 días correspondiente al nuevo certificado de trabajo, acumulando un total a redimir de 11 meses 24 días, para un total de 48 meses 3 días, como descuento de pena que si bien superan las dos terceras partes, no satisfacen la totalidad de la pena impuesta (72 meses de prisión).

3. Ahora bien, la incriminada Sánchez Ramírez cumple con el requisito objetivo previsto en el artículo 72 del Código Penal, por lo que la Sala procederá a analizar ahora el factor subjetivo, ya que la referida disposición le impone al Juez la obligación de evaluar los Antecedentes de todo orden, para así poder deducir fundadamente sobre la rehabilitación social de la procesada.

En las anteriores condiciones resulta patente el negativo balance, pues a partir de la naturaleza y modalidad delictiva imputada a la procesada Luz Adriana Sánchez Ramírez, como su reiterada comisión sin lugar a dudas reflejan una personalidad proclive al delito, pues nada diferente puede inferirse del reprochable aprovechamiento de los ingresos del Estado lo cual merece el calificativo de un grave atentado a la intangibilidad de la cosa pública y una afrenta a la confianza depositada por los ciudadanos en los servidores públicos.

El inusitado deterioro de la moral pública, hacen que las autoridades competentes deban ejercer la potestad punitiva del Estado en su máxima expresión, en eventos como el que ocupa la atención de la Sala, pues en tratándose de delitos contra la administración y la fe pública, no puede menos la administración de justicia, que actuar con el máximo celo en el ejercicio de la función constitucional y legal, pues mal puede perderse de vista que ante los niveles alarmantes de corrupción administrativa en que se debate el país, lo menos que se puede hacer ante este gigantesco flagelo, es aplicar la administración de justicia con rigurosidad, en orden a que se cumplan las potestades coercitivas del Estado.

Así las cosas, las circunstancias modales en que ocurrieron los hechos, en 87 oportunidades, brindan a esta Sala un criterio cercano respecto de la personalidad de la procesada, que impide diagnosticar con la sola estimación del tiempo descontado, su readaptación social, y por lo mismo indican la necesidad del cumplimiento íntegro de la pena como

garantía a su rehabilitación, sin que por ello la Sala desconozca los esfuerzos de diverso carácter que en orden a su superación, ha hecho la procesada en el centro carcelario, aunado al reintegro de la totalidad de lo apropiado en forma ilícita.

En los términos vistos, tendrá que denegar la Sala la libertad provisional pedida con fundamento en el subrogado de la libertad condicional.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NEGAR la libertad provisional a la procesada Luz Adriana Sánchez Ramírez.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD-Oportunidad para solicitarla/ CONTUMAZ/ DEFENSOR DE OFICIO/ TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ AUDIENCIA ESPECIAL/ INVESTIGACION INTEGRAL

1. Limitándola hasta el término de traslado para preparar la audiencia pública, el Código de Procedimiento Penal, en desarrollo del principio de preclusión, ha establecido la oportunidad de que gozan los sujetos procesales para solicitar nulidades (artículos 306 y 446), de modo que si no es dentro de ella, y salvo la facultad oficiosa que tiene el funcionario judicial para decretarlas, sólo pueden ser invocadas o debatidas en el recurso de casación.

2. "...si el acusado, por razones varias se resiste a estar a derecho, es de ver que asume la condición de contumaz o rebelde, situación que como es simple intuir no tiene el efecto de paralizar la función jurisdiccional penal ni el de afectar el trámite del debate pues éste prosigue con el nombramiento de un defensor de oficio..." (Sentencia de febrero 15 de 1993. M.P. Dr. Jorge Enrique Valencia M.).

"De manera que cuando el inculpado de un delito perseguible de oficio se sustrae voluntariamente al deber de comparecer ante los jueces para responder por sus actos, no puede luego alegar la invalidez del proceso por una omisión solo atribuible a su comportamiento, es decir, mal puede aducir su propia decisión de no comparecer". (Sentencia de octubre 11 de 1995. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

3. Dentro de la dinámica que le es propia al mecanismo procesal de la audiencia especial, ésta puede ser convocada a iniciativa del Fiscal o del procesado; pero, como se trata precisamente de un instrumento transaccional "sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia" el mismo ordenamiento (Art. 37 A parágrafo 2°, inciso 2° del C. de P.P.) dispone que, "el fiscal no estará obligado a concurrir a la audiencia cuando advierta que existe prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales puede versar el acuerdo",

lo cual significa que no es imperativo del Fiscal convocar o asistir a la audiencia.

Tratándose entonces de audiencia especial queda a la discrecionalidad del Fiscal, y sólo de él, porque no hay posibilidad alguna de realizarla en el juicio, convocarla o no, concurrir a ella o dejar de hacerlo; pero esa potestad de no asistir a dicho acto se sujeta a la consideración de que la transacción no tendría ningún objeto por existir prueba suficiente sobre los aspectos referidos en el artículo 37 A como materia de acuerdo.

Si el fiscal, en el supuesto ya mencionado, no está obligado a concurrir a la audiencia, es apenas obvio que bajo esa misma consideración de existencia de "prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales puede versar el acuerdo" tampoco está obligado a convocarla cuando el procesado se la solicita.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 13808

Aprobado Acta No. 126

VISTOS

Resuelve la Sala los recursos de apelación interpuestos contra la providencia de julio 22 de 1997, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva denegó peticiones de nulidad y de pruebas que en oportunidad hicieron algunos sujetos procesales.

ANTECEDENTES

1. Con resolución fechada en diciembre 15 de 1995 la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fé de Bogotá y Cundinamarca acusó a Héctor Ramiro Trujillo, y Hernando Díaz Castro por los delitos de prevaricato y peculado; a José Domingo Fernández Villalba y Alvaro Medina Valderrama por los de falsedad documental, prevaricato y peculado; y a Agustín Soto Botello, Mauricio González Cuéllar, Mauricio Silva Ruiz, Gilberto Cuéllar Botello y Gerardo Cuéllar Botello por los delitos de falsedad documental, concierto para delinquir, prevaricato y peculado, acusación que, siendo confirmada en segunda instancia, tuvo como supuesto de hecho las irregularidades detectadas en los procesos ejecutivos laborales tramitados contra la Caja Nacional de Previsión Social ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva y del que fuera titular el precitado Héctor Ramiro Trujillo.

2. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva asumió la etapa del juicio surtiendo el traslado dispuesto en el artículo 446 del C. de P.P., del cual hicieron uso los sujetos procesales así:

2.1. El defensor del acusado Gerardo Cuéllar Botello solicitó se declarara la nulidad del proceso a partir del auto de cierre de investigación dada la violación del derecho de defensa, pues antes de que el auto que dispuso la clausura de la instrucción quedase ejecutoriado el procesado solicitó se le escuchase en indagatoria, obteniendo como respuesta una negativa bajo el argumento de que ya se encontraba vinculado al proceso y de que tal pretensión podría hacerla valer en el juicio. En esas condiciones, adujo el defensor, al procesado se le privó del más preciado mecanismo de defensa material, se le negó la opción de acogerse a la política de sometimiento y la posibilidad de brindar sus explicaciones sobre los hechos y que ellas fueran corroboradas por el funcionario instructor.

2.2. Por su parte el acusado Gerardo Cuéllar Botello solicitó, de manera directa, en cuanto a pruebas:

2.2.1. Que el Cuerpo Técnico de Investigación verifique el informe rendido por el DAS y lo complemente en lo siguiente:

2.2.1.1. Fechas en que se produjeron las muertes a que en él se hace referencia.

2.2.1.2. Se incorporen las tarjetas decadactilares de cada uno de los ciudadanos cuya identidad sea puesta en duda por los investigadores.

2.2.1.3. Se determine qué material debe ser sometido a cotejo grafotécnico.

2.2.2. Inspección judicial a los archivos de Cajanal para establecer:

2.2.2.1. Si los dineros consignados por la entidad en cuentas que fueron objeto de medidas cautelares correspondían efectivamente al objeto para el cual se abrían.

2.2.2.2. El carácter de título ejecutivo de las resoluciones que sirvieron de base a los respectivos procesos.

2.2.3. Ampliación de las indagatorias de Alvaro Medina Valderrama, Agustín Soto Botello y Hernando Díaz Castro para determinar que nunca ejerció su profesión de abogado con los mencionados, ni tuvo negocios de ninguna índole con ellos.

2.2.4. Se traslade del proceso que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá adelanta contra Luis Alvaro González las indagatorias de Mauricio González Cuéllar, Mauricio Silva Ruiz, Nicolás Salazar, José Becerra Orozco, Elcy Miranda, Carola Romero, Sonia Becerra, Rafael Miranda y Gerardo Cuéllar, así como la resolución de preclusión a favor de éste.

2.2.5. Se obtenga del Tribunal Superior de Neiva copia de la hoja de vida de Héctor Ramiro Trujillo y del acta de su elección como Juez 2° Laboral.

2.2.6. Se pida al Colegio de Abogados del Huila copia de las tarifas de honorarios profesionales que regían para los abogados en la época en que se tramitaron los procesos laborales.

2.2.7. Testimonios de Henry Roldán Lemus y Carlos Navarrete y ampliación de los testimonios de Flor Elba Ríos y de aquellas personas que consecuencialmente sea necesario luego de los cotejos grafológicos y de las inspecciones judiciales antes solicitadas.

2.2.8. Se tengan como pruebas las fotocopias de la resolución de preclusión que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá dictó a su favor y de la sentencia C-367/95 dictada por la Corte Constitucional.

2.3. También el defensor de Mauricio González Cuéllar demandó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de cierre de investigación y para el efecto invocó la violación al debido proceso y al derecho de defensa en la medida en que los dictámenes periciales rendidos en la instrucción no fueron sometidos al trámite señalado en el artículo 270 del C. de P.P.; valga decir, no se surtió el traslado que abriría la oportunidad para pedir su adición o aclaración.

2.4. El mismo defensor solicitó la práctica de las siguientes pruebas:

2.4.1. Inspección judicial al archivo de Cajanal para verificar las resoluciones administrativas que sirvieron de título ejecutivo. Dentro de dicha inspección se recepcione el testimonio del Jefe de Archivo para que explique todo lo relativo a tales resoluciones.

2.4.2. Inspección judicial a cualquiera de los 20 juzgados laborales de Santa Fe de Bogotá para determinar la homogeneidad de criterio en la jurisdicción frente al mérito ejecutivo que prestan las resoluciones administrativas y sus consecuencias.

2.4.3. Se cite a los peritos que rindieron dictamen contable sobre la presunta defraudación a Cajanal para que en audiencia pública respondan cuestionario de conformidad con el artículo 272 del C. de P.P.

2.4.4. Se recepcionen los testimonios de Mercedes Medina Zapata y Beatriz Camacho de García para que expliquen su conducta como abogadas de Cajanal.

2.4.5. Se solicite al Consejo Superior de la Judicatura copia de la providencia con la que se absolvió disciplinariamente al Juez 13 Laboral por cargos similares a los que se hacen en este juicio y a la Corte Constitucional copias de las sentencias C-367 de 1995 y C-546 de 1992.

2.4.6. Se escuchen los testimonios de Rubén Darío Camacho Covaleda, Domingo Fernández, Angela Narváez y Alfonso Grajales acerca de las ac-

tividades de Mauricio González Cuéllar tendientes a recoger poderes de pensionados de Cajanal.

2.5. El acusado Hernando Díaz Castro hizo similar petición de nulidad a la hecha por el defensor de Mauricio González Cuéllar.

Y en lo que hace a pruebas solicitó se tuvieran como tales los documentos que en fotocopia se aportaron luego del auto de cierre de investigación y la práctica de las siguientes:

2.5.1. Que el Tribunal Superior de Neiva certifique los cargos por él desempeñados entre septiembre de 1977 y octubre de 1989.

2.5.2. Que se traslade, del proceso adelantado por la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Huila, el testimonio rendido por Rodrigo Bermeo Cardozo y se haga comparecer tanto a éste como al Magistrado del Consejo Seccional del Caquetá, Víctor Alfonso Hermida Hermida para que ratifiquen la prueba trasladada y se les interrogue sobre los hechos dados a conocer en ella.

2.5.3. Que se amplíe la indagatoria de Agustín Soto Botello para que explique las diferencias entre su versión libre y la exposición que rindió en el proceso disciplinario.

2.5.4. Que Gerardo y Gilberto Cuéllar Botello suministren los nombres de las personas que les vendieron las prestaciones sociales, y escuchar a éstas en declaración.

2.5.5. Que el Tribunal Superior de Neiva suministre copias de las actas en que fue elegido Héctor Ramiro Trujillo como Juez 2°. Laboral de Neiva en sus dos últimos períodos en que ejerció tal cargo.

2.5.6. Que se escuchen los testimonios de:

2.5.6.1. Luis Augusto Cuenca Muñoz para demostrar que el modelo de contrato de prestación de servicios corresponde a uno que el nombrado le obsequió.

2.5.6.2. Cristóbal Cuéllar Quevedo y Mario Afanador Tovar para acreditar la relación que existía entre Hernando Díaz Castro y Héctor Ramiro Trujillo.

2.5.7. Que se oficie a los juzgados del circuito de Neiva para que remita una relación de las acciones de tutela que en los años 96 y 97 hubieren ordenado el pago de prestaciones sociales a los empleados judiciales del Distrito del Huila, y que Administración Judicial de esa Seccional certifique los pagos hechos por razón de tales acciones.

2.5.8. Que una vez allegado lo anterior se escuche en declaración a los peritos que rindieron dictamen respecto del ejecutivo de María Elisa Caicedo contra Cajanal para que expliquen las disposiciones que tuvieron en cuenta en la liquidación.

2.5.9. Que los mismos peritos, u otros, hagan una reliquidación de las obligaciones que se pagaron en el precitado proceso teniendo en cuenta las tasas de interés vigentes para el momento de la liquidación.

2.6. El defensor del acusado Mauricio Silva Ruiz solicitó se decretara la nulidad de lo actuado a partir de la resolución que dispuso el cierre de la investigación por violación al derecho de defensa y al debido proceso en razón a que, habiéndose clausurado dicha etapa el día 25 de abril de 1995 e iniciado las notificaciones al día siguiente, el 28 la defensa presentó petición de audiencia especial respecto de la cual la Fiscalía denegó su tramitación por considerarla extemporánea. Por eso solicita se abra la posibilidad de que el procesado se acoja a ese instituto procesal logrando la mayor rebaja de pena, posibilidad que sólo sería efectiva decretando la nulidad, máxime que La Petición se formuló antes de que el cierre hubiere quedado en firme y aún antes de que la defensa hubiera sido notificada sobre la clausura de la instrucción.

Agrega el defensor que inclusive el proceso es nulo, respecto de su defendido, desde la misma diligencia de indagatoria debido a que al momento de su recepción el Ministerio Público no hizo la presencia necesaria en estos procesos penales.

2.7. La defensora del acusado Héctor Ramiro Trujillo solicitó el decreto y práctica de las siguientes pruebas:

2.7.1. Testimonio de Diego Fernando Collazos Andrade para establecer la rata de intereses aplicada a las liquidaciones que se hicieron en el Juzgado 1°. Laboral del Circuito de Neiva.

2.7.2. Se trasladen las tutelas, cuyas radicaciones indica, para demostrar la rectitud del acusado en el ejercicio de sus funciones como juez.

2.7.3. Se adjunte copia de las sentencias T-18/96 y T-098/97 proferidas por la Corte Constitucional.

2.7.4. Se soliciten a los Juzgados 1°. Y 2°. Laboral del Circuito de Neiva copias de las demandas de tutela y fallos correspondientes proferidos dentro de los procesos promovidos por Juan Arturo Peña y Ramón García Cuéllar, respectivamente.

2.7.5. Se certifiquen los Antecedentes disciplinarios del acusado y se adjunte copia del acta de nombramiento y certificado de tiempo de servicio.

La Providencia Impugnada

Concluido el término de traslado, el Tribunal Superior de Neiva, en Sala de Decisión Penal, dictó la providencia de julio 22 de 1997 a través de la cual negó todas las peticiones de nulidad, excepto la de Alvaro Medina

Valderrama, así como el decreto de algunas de las pruebas solicitadas, ordenó oficiosamente la práctica de otras y dispuso correr traslado de todos los dictámenes rendidos en el proceso.

1. De las peticiones de nulidad.

Específicamente, en relación con cada una de las denegadas, consideró el Tribunal:

1.1. La invocada por el defensor de Gerardo Cuéllar Botello, aunque cuenta con el fundamento de que efectivamente el procesado solicitó se le escuchase en indagatoria luego de que se cerró la investigación, no puede prosperar en razón a que no hubo en verdad una violación a su defensa material pues, no obstante que se libró orden de captura para escucharlo en indagatoria y se le emplazó con esos mismos fines, su voluntad fue la de no presentarse a esa diligencia como expresión del derecho a no autoincriminarse, habiendo tenido además un lapso bastante prolongado para hacerlo o para acogerse a los mecanismos de terminación anticipada del proceso a los que pudo acceder sin restricción alguna. Denegando tal nulidad, se dispuso citar al acusado para escucharlo en indagatoria.

1.2. Tampoco, afirma el *a quo*, se configura la nulidad planteada por el defensor de Mauricio González Cuéllar, y el acusado Hernando Díaz Castro, pues no puede olvidarse la importancia que tiene la etapa del juicio en el sistema acusatorio, en ella hay oportunidad de practicar cuanta prueba fuere conducente y se someterá a controversia, como puede hacerse con cualquiera recaudada en la instrucción. Además, las objeciones a los dictámenes pueden proponerse hasta antes de que finalice la audiencia pública.

1.3. En lo que hace a las nulidades planteadas por cuenta del acusado Mauricio Silva Ruiz, respondió el Tribunal:

1.3.1. Si bien se hizo petición de audiencia especial luego de proferido el auto de cierre y antes de su notificación personal, el artículo 37-A es claro en limitar la oportunidad: desde la ejecutoria de la resolución de situación jurídica y hasta antes de que se cierre la investigación, de donde se deduce que la ley no exige la ejecutoria de esta decisión, así haya funcionarios judiciales que, por aplicación de la favorabilidad extiendan la oportunidad hasta el momento en que la resolución de cierre se encuentre en firme.

1.3.2. Es indiscutible que el Ministerio Público es también un sujeto procesal, pero su presencia no es obligatoria sino en aquellas actuaciones judiciales que le señale la ley o cuando se den los supuestos del artículo 276 de la Constitución Política: para defender el orden jurídico, el patrimonio público o los derechos y garantías fundamentales. Por eso tampoco prospera la nulidad invocada con fundamento en el hecho de que el Mi-

nisterio Público no estuvo presente en la indagatoria del procesado Mauricio Silva Ruiz.

2. *De las peticiones de pruebas.*

2.1. De las solicitadas por el acusado Gerardo Cuéllar Botello el Tribunal resolvió:

2.1.1. Negar la verificación del informe del DAS por parte del Cuerpo Técnico de Investigación ya que no existe confusión en cuanto a las personas, sino errores mecanográficos al transcribir el número del documento de identificación, cuya valoración se hará en oportunidad. A cambio dispuso solicitar información a la Registraduría Nacional del Estado Civil acerca de la vigencia de las cédulas de las personas mencionadas por el petente y fecha de defunción de las personas cuyas cédulas fueron dadas de baja.

Lo mismo sucede con las 57 resoluciones que obran en los procesos laborales que adelantó el acusado: las inconsistencias existentes se controntaran en el momento oportuno, si a ello hubiere lugar.

2.1.2. No decretar la inspección judicial a Cajanal por cuanto su finalidad de establecer la embargabilidad o no de las cuentas no es pertinente con los hechos materia del proceso y además porque existen en el expediente las inspecciones judiciales que al respecto practicaron los Juzgados de Instrucción Criminal de Neiva y Bogotá.

2.1.3. No trasladar la prueba solicitada por cuanto no tiene relación con los hechos de este proceso.

2.1.4. No allegar copia de la hoja de vida del ex juez Ramiro Trujillo por no existir correspondencia entre lo dicho por el petente y el objetivo de la prueba.

2.1.5. No acceder a la ampliación de la declaración de Flor Elba Ríos ya que su declaración original vierte claridad sobre las inquietudes del solicitante.

2.1.6. No solicitar copias autorizadas de la preclusión dictada a favor del peticionario por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Bogotá y Cundinamarca, por tratarse de hechos diferentes, ni allegar copias autenticadas de la sentencia C-367/95 de la Corte Constitucional por ser de público conocimiento.

2.2. En relación con las pruebas pedidas por el acusado Hernando Díaz Castro el Tribunal sólo tuvo como tales los documentos aportados luego del auto de cierre de investigación. Todas las demás que Díaz Castro solicitó le fueron denegadas por no precisar lo que se proponía acreditar con cada una de ellas, además de que se trata de pruebas superfluas que no contribuyen a esclarecer su conducta.

2.3. Sobre las solicitadas por el defensor de Mauricio Silva Ruiz el Tribunal resolvió:

2.3.1. Por considerarlos suficientes recibir sólo dos testimonios de empleados de la firma González Asóciados.

2.3.2. No trasladar los documentos referidos por el solicitante ya que no precisa lo que se pretende establecer con ellos.

2.4. Finalmente, se dispuso sobre las pruebas solicitadas por la defensora de Héctor Ramiro Trujillo:

2.4.1. No decretar la prueba testimonial por improcedente para establecer la tasa de interés aplicada en el Juzgado 1°. Laboral del Circuito de Neiva.

2.4.2. No trasladar las tutelas relacionadas por la defensora dada su inconducencia para demostrar la rectitud del ex Juez en el desempeño de su cargo.

LOS RECURSOS

Contra la anterior decisión fueron interpuestos y sustentados recursos de apelación por los siguientes sujetos procesales:

1. El defensor del acusado Gerardo Cuéllar Botello solicita se revoque la decisión impugnada y en su lugar se declare la nulidad de todo lo actuado desde el momento en que se decretó en firme el cierre de investigación para así permitir que el procesado, a través de la solicitada diligencia de indagatoria, ejerza de manera integral su derecho de defensa que la Constitución le garantiza.

Aduce el defensor: la nulidad fue negada sobre la base de que el procesado no volvió a presentar petición de ser escuchado en indagatoria, pero en nuestro ordenamiento no hay norma alguna que señale que el funcionario está en la obligación de recibir la indagatoria cuando el sindicado lo solicite de manera reiterada. Por el contrario, el artículo 353 del C. de P.P. constituye en derecho la solicitud de ser escuchado en indagatoria, y a su vez el artículo 352 convierte en obligación para el funcionario el recibirla.

No tiene ningún soporte legal, agrega el recurrente, la tesis expuesta en la providencia acerca de que como el procesado no reiteró su solicitud debía entonces entenderse que no quería autoincriminarse. Esta explicación no es más que una justificación a la incomprensible desidia mostrada por los funcionarios judiciales al omitir resolución, por 5 años y 24 días, sobre la solicitud del procesado. Aceptar la tésis del Tribunal sería afirmar que el impulso procesal corresponde al sindicado y que es éste quien debe insistir en que se le permita ejercer su derecho constitucional a la defensa material.

2. El propio acusado Gerardo Cuéllar Botello, por su parte, solicita se revoque la decisión recurrida en cuanto le negó la práctica de pruebas por él solicitadas y en su lugar se ordenen las pedidas, toda vez que, según el

artículo 250 del C. de P.P., sólo pueden rechazarse las pruebas que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas, pero con la decisión recurrida se negaron pruebas, desconociendo su finalidad, que fueron sustentadas y justificadas debidamente.

Si el funcionario judicial está en la obligación de investigar con igual celo tanto lo favorable como lo desfavorable no entiende el recurrente como se le niega la verificación de elementos de prueba que fueron usados en su contra.

Si el propio Tribunal, continúa el impugnante, reconoce la existencia de inconsistencias e incongruencias que se registran en el informe del DAS resulta extraño que no se preocupe por establecer la verdad. Además, la Sala pasó por alto la petición de que ese informe fuera aclarado y complementado en cuatro puntos más sobre los que no hubo pronunciamiento.

En concepto del apelante tampoco se le podía negar la práctica de las inspecciones judiciales cuando lo que se pretende con ellas es establecer que Cajanal, para evadir sus obligaciones, cambiaba el nombre o las denominaciones de las cuentas supuestamente inembargables, así como establecer que no hubo irregularidad alguna en las resoluciones y su mérito ejecutivo.

Mucho menos, agrega, podía negársele el traslado de prueba cuando la resolución de preclusión que en su favor dictó la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca se ocupa de hechos que guardan estrecha relación con los materia de este proceso. Por eso también es necesario conocer las versiones de quienes declaran en los dos procesos para establecer su uniformidad y coherencia y para determinar las razones por las que fue liberado de toda responsabilidad en ese proceso.

Argumenta que su petición de adjuntarse copia de la hoja de vida del ex juez Ramiro Trujillo tenía por finalidad establecer su conducta para así acreditar que no se trataba de un funcionario con Antecedentes de indelicadeza o deshonestidad.

Finalmente, dice el recurrente, se le negó la ampliación de la declaración de Flor Elba Rios con el argumento de que era clara y satisfacía las inquietudes planteadas, pero esto no es cierto y precisamente la prueba se solicita para despejar dudas sobre la forma como eran utilizados los sellos y la aparente contradicción que surge de su imposición, nada de lo cual aparece consignado en la declaración.

3. El defensor del acusado Mauricio Silva Ruiz solicita igualmente la revocatoria de la decisión impugnada en cuanto no decretó la nulidad de lo actuado y en su lugar se proceda a tomar tal determinación a partir del auto que declaró cerrada la investigación, ordenando además la celebración de audiencia especial.

Expresa el recurrente que ante la petición de audiencia especial, efectuada después de dictarse el auto de cierre y antes de su notificación, la Fiscalía se abstuvo de tramitarla bajo el argumento de que fue presentada extemporáneamente dado que el artículo 37-A no admite interpretaciones diferentes al tenor de la misma. Pero, no es del todo cierto que dicha norma no admita otras interpretaciones pues la ley es, por esencia y naturaleza, interpretable, mucho más si se trata de la ley penal en la que entran en juego principios como el de favorabilidad, presunción de inocencia y buena fe.

Por eso, agrega el memorialista, mal puede pretenderse tardía esa petición cuando el cierre de investigación ni siquiera era conocido por los sujetos procesales; en su sentir ese argumento de extemporaneidad viola las garantías del artículo 29 de la Carta, pues el cierre de investigación no había nacido a la vida jurídica. Se viola además el principio de prevalencia de toda norma permisiva o favorable respecto de la restrictiva o desfavorable.

No entiende el apelante qué relación tiene la oportunidad procesal de solicitud de audiencia especial con la prescripción de las acciones penales derivadas de los hechos contra la fe pública cuando lo único cierto es que la petición se formuló cuando el cierre de investigación ni se había notificado, ni había cobrado ejecutoria. Menos entendible es el argumento cuando la prescripción puede ser discutida en desarrollo de esa audiencia.

4. La defensora de Héctor Ramiro Trujillo, persigue, a través del recurso de apelación, que se decreten las pruebas que en primera instancia le fueron negadas y para ese efecto argumento:

No se comprende por qué negarse la recepción del testimonio del secretario del Juzgado 1°. Laboral del Circuito de Neiva con el argumento simplista de que la prueba testimonial es improcedente para establecer la tasa de interés, cuando se está frente a un peculado por apropiación con imaginario beneficio a tercero y donde se hace necesario establecer no sólo el objeto jurídico sino también el material. La prueba testimonial no sirve para establecer la tasa de interés pero sí para demostrar cuál era el mecanismo y la política empleada por los señores jueces laborales.

Más sorprende, agrega la recurrente, que se hubiere negado la prueba documental sin explicar la razón de la inconducencia, cuando ella tiene por finalidad demostrar que el ex juez actuaba conforme a la reiterada jurisprudencia que hoy existe en la Corte Constitucional. No se quería probar la rectitud del ser humano, sino la forma científica y jurídica que le dio la razón al entonces juez para aplicar esa tasa de interés.

Finalmente y aunque la defensora no solicitó, dentro del término de traslado establecido en el artículo 446 del C. de P.P., nulidad alguna, pretende ahora, a través del recurso, que se declare respecto de la resolución

de acusación por "inadecuación de la conducta" ya que a su defendido se le están imputando unos hechos constitutivos de peculado por los que nunca se le interrogó en la indagatoria.

5. El acusado Hernando Díaz Castro, por vía del recurso solicita la revocatoria del auto impugnado y en su lugar se proceda a decretar la nulidad de lo actuado desde el auto que cerró la investigación y subsidiariamente se ordene la práctica de las pruebas que le fueron negadas.

Si bien su petición de nulidad tuvo por fundamento el que no se hubiera corrido el traslado de los dictámenes periciales obrantes en el proceso, ahora agrega nuevos y diferentes argumentos a la impugnación referida a ese respecto.

Afirma el recurrente: al momento de indagársele fue interrogado por los presuntos delitos de falsedad documental y fraude procesal, la resolución de situación jurídica le imputó complicidad en los delitos de prevaricato por acción y peculado por apropiación con fundamento en unos experticios no controvertidos; lo mismo sucedió en la resolución de acusación. En tales condiciones se vulneró su derecho de defensa al punto que ignora la cuantía de lo supuestamente apropiado y así se siente limitado al sustentar el recurso, pues de qué se defiende? Cuáles son los cargos y sus cuantías?

Pero también, añade, se la ha vulnerado el derecho de defensa y el debido proceso en la medida en que, para efectos de la prescripción de la acción por el delito de prevaricato, no se ha tenido en cuenta que se le llamó a responder como cómplice y eso significa una rebaja de la tercera parte de la pena prevista para el autor.

Y en cuanto a la decisión que le denegó pruebas consideró el recurrente:

Las pruebas solicitadas pretenden desvirtuar los indicios tenidos en cuenta en la acusación; por eso solicitó la ampliación de indagatoria de Augusto Soto Botello para que explicase sus contradicciones frente a la versión que rindió en el proceso disciplinario.

Agrega que su petición de prueba testimonial y documental fue debidamente sustentada con indicación de la finalidad o de lo que se pretendía demostrar con cada una de ellas. Así, al proceso se aportaron fotocopias simples de las versiones rendidas dentro de la investigación disciplinaria, pero se requiere copia auténtica para su valoración de conformidad con el artículo 255 del C. de P.P., motivo suficiente para que se cite a las personas que rindieron esos testimonios y se ratifiquen en sus exposiciones.

6. Dentro del término de traslado a los no recurrentes el acusado José Domingo Fernández Villalba presenta escrito en el que, por considerarlas

conducentes con fundamento en la jurisprudencia constitucional, solicita se practiquen las pruebas pedidas por los defensores.

Manifiesta no entender en qué situación quedan los demás acusados al romperse la unidad procesal como consecuencia de la nulidad parcial decretada, pues en la decisión nada se dice acerca de si el trámite continúa normalmente respecto de los demás procesados.

7. También el acusado Mauricio González Cuéllar interpuso oportunamente el recurso de apelación pero como no lo sustentara le fue negada su concesión. Por tanto las diligencias han llegado a la Corte para decidir los recursos de apelación que interpusieron Gerardo Cuéllar Botello y su defensor, Mauricio Silva Ruiz y su defensor, Hernando Diaz Castro y la defensora de Héctor Ramiro Trujillo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. *Acerca de las peticiones de nulidad:*

Limitándola hasta el término de traslado para preparar la audiencia pública, el Código de Procedimiento penal, en desarrollo del principio de preclusión, ha establecido la oportunidad de que gozan los sujetos procesales para solicitar nulidades (artículos 306 y 446), de modo que si no es dentro de ella, y salvo la facultad oficiosa que tiene el funcionario judicial para decretarlas, sólo pueden ser invocadas o debatidas en el recurso de casación.

En ese orden, como la defensora de Héctor Ramiro Trujillo no solicitó nulidad alguna dentro del lapso previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal y el acusado Hernando Díaz Castro solamente adujo la relativa al no traslado de los dictámenes periciales, ha de concluirse que las que ahora argumentan resultan fuera de oportunidad y no hallándose razones para que la Sala haga uso de la atribución oficiosa, ningún pronunciamiento se efectuará sobre las mismas.

1.1. De la nulidad solicitada por el Acusado Hernando Díaz Castro.

No sobra recordar que la nulidad, como instrumento procesal o sanción máxima, establecida legalmente para garantizar el debido proceso no es un fin en sí misma, lo cual significa que sólo las irregularidades sustanciales que lo afecten, según lo expresa el artículo 304 ibídem, tienen la virtud de conducir a la invalidez de la actuación.

Si bien en este asunto, el procesado Hernando Díaz Castro alega haberse incurrido en una informalidad porque, rendidos los dictámenes periciales, no se dio el traslado que en relación con ellos dispone el numeral 2°, del artículo 270, aquella no puede ostentar el adjetivo de sustancial habida consideración que, como ya lo tiene expresado la Corte, "...el hecho de no surtir el traslado del dictamen a las partes, es una irregularidad

intrascendente, que no afecta el debido proceso ni lesiona el derecho de defensa, en casos como el presente donde los sujetos procesales tuvieron la oportunidad de conocerlo y por tanto pudieron objetarlo, pedir su aclaración o ampliación..." (Sentencia de abril 21 de 1994. M.P. Dr. Jorge Carreño Luengas).

Más intrascedente resulta la nulidad que así se invoca cuando, siendo la contradicción la finalidad que se busca con el traslado, los sujetos procesales, como en este caso, han tenido, no obstante la ausencia formal del mismo, una extensa y suficiente oportunidad para pedir aclaración o ampliación o para proponer objeción, máxime que ésta puede formularse hasta antes de que concluya la audiencia pública.

Pero aún en el supuesto de que la pericia se hubiere allegado con evidente infracción de las normas que la regulan, ello sólo afectaría la validez de la prueba y en tal caso no se generaría una nulidad que incida en la estructura básica del proceso; a lo sumo eso conduciría a que el elemento de convicción no pudiera ser valorado por el funcionario judicial pero no a reclamar la nulidad de casi todo un proceso sobre la simple base de que una de las pruebas a él adjuntadas no se recogió con las formalidades previstas para su validez.

En consecuencia, bien procedió el Tribunal de primera instancia al denegar la nulidad invocada en este sentido y al disponer el agotamiento de ese rito que se echaba de menos cuando aún subsiste la oportunidad procesal para que los sujetos ejerzan contradicción sobre la prueba técnica.

1.2. De la nulidad planteada por el defensor de Gerardo Cuéllar Botello.

Aunque, en resumen, la nulidad que se alega en nombre del enjuiciado Gerardo Cuéllar Botello se hace emerger de la negativa del instructor a escucharlo en indagatoria no obstante que el mismo sindicado lo solicitó antes de que el auto de cierre de investigación cobrare ejecutoria, un análisis de las incidencias que en tal respecto ha tenido el proceso permite evidenciar que, fuera de la contumacia del sindicado o de su actitud tendiente a dilatar el proceso, ninguna situación de invalidez de lo actuado logra configurarse.

En efecto, la etapa sumarial se inició en noviembre 27 de 1990 y a ella se ordenó la vinculación mediante indagatoria del señor Gerardo Cuéllar Botello efectos para los cuales, facultado por el Decreto 050 de 1987, el funcionario investigador dispuso su captura en febrero 25 de 1992. Como tal orden no produjera resultado alguno se procedió a su emplazamiento mediante edicto que permaneció fijado por término de cinco días desde el 18 de marzo del mismo año, el que siendo igualmente infructuoso, implicó el proferimiento del auto de marzo 30 que lo declaró persona ausente y le proveyó un defensor de oficio que tomó posesión del cargo al día siguiente.

En ese estado del proceso, conociendo Gerardo Cuéllar de su existencia y obrando en su contra la orden de captura, antes que presentarse allí donde se lo requería, envió al expediente, con presentación personal ante el Notario Cuarto del Círculo de Bogotá, un memorial en que dice conferir poder a un abogado y desear se le reciba indagatoria una vez su defensor lo solicite oportunamente.

El instructor reconoce al defensor así nombrado, que se posesiona en abril 8, luego de lo cual éste desarrolla, sin llegar a solicitar la recepción de injurada, un sinnúmero de actuaciones en defensa de su poderdante.

Se decreta luego en contra de Gerardo Cuéllar Botello medida de aseguramiento de detención preventiva sin libertad provisional, siéndole sustituida en diciembre 21 de 1994 por detención domiciliaria y disponiéndose en consecuencia la cancelación de las órdenes de aprehensión.

Cerrada, en abril 25 de 1995, la investigación, y notificado personalmente Gerardo Cuéllar en mayo 4 del mismo año, interpuso, con resultados adversos, a través de su defensor, recurso de reposición contra tal decisión a fin de que, entre otras solicitudes, fuera escuchado en indagatoria.

Como es fácil colegir de la anterior relación, el funcionario instructor, desde el momento mismo en que ordenó la vinculación, intentó recepcionar la indagatoria de Gerardo Cuéllar Botello, valiéndose incluso de la orden de captura que, vigente por más de tres años, nunca ofreció resultados positivos, no obstante conocer el sindicado la existencia del expediente y de actuar en el mismo a través de defensor que él mismo designó. Por consiguiente, ante tal negativa a comparecer al proceso, éste no podía en manera alguna paralizarse, obligando ello a acudir a la forma sucedánea de vinculación cual era la declaratoria de persona ausente como así se hizo.

Ilógico, por ende, resulta ahora pretender que se declare la nulidad del proceso cuando el sindicado fue vinculado al mismo de forma legal, así no hubiere sido mediante la indagatoria que se reclama en su doble concepción de medio de prueba y de defensa, ya que si ella no se verificó no fue debido a conducta del instructor, sino exclusivamente a la exhibida por el propio Gerardo Cuéllar.

También la Corte en este sentido ha expresado que aunque "...la presencia del imputado como sujeto esencial del proceso penal es imprescindible y necesaria no tanto para la constitución de la relación procesal, pues ésta puede adelantarse sin su asistencia, como para el desarrollo normal del sumario, por cuanto tiene sentido y significación que de manera directa e inmediata aquél se apersone de los actos incriminadores del proceso, ejerciendo un papel protagónico durante su decurso en defensa de sus propios derechos e intereses...si el acusado, por razones varias se

resiste a estar a derecho, es de ver que asume la condición de contumaz o rebelde, situación que como es simple intuir no tiene el efecto de paralizar la función jurisdiccional penal ni el de afectar el trámite del debate pues éste prosigue con el nombramiento de un defensor de oficio..." (Sentencia de febrero 15 de 1993, M.P. Dr. Jorge Enrique Valencia M.).

"De manera que cuando el inculpado de un delito perseguible de oficio se sustrae voluntariamente al deber de comparecer ante los jueces para responder por sus actos, no puede luego alegar la invalidez del proceso por una omisión sólo atribuible a su comportamiento, es decir, mal puede aducir su propia decisión de no comparecer". (Sentencia de octubre 11 de 1995, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

Mucho menos puede alegarse por este respecto la nulidad del proceso cuando Gerardo Cuéllar Botello intervino en su desarrollo a través de defensor que él mismo designó y que el instructor le reconoció como tal o cuando, en curso la etapa del juicio, subsiste la oportunidad de ofrecer su versión de los hechos.

Por eso, habiéndose dispuesto la captura de Gerardo Cuéllar para escucharlo en indagatoria y mantenido su vigencia por más de tres años por efectos de la medida de aseguramiento, mal puede el recurrente invocar desidia del instructor, cuando lo cierto es que fue el propio procesado quien voluntariamente asumió la actitud de no presentarse al sumario, haciéndolo luego y sólo ante el cierre de investigación que se le notificó personalmente para solicitar, en clara maniobra dilatoria, se le escuchase en indagatoria, cuando el funcionario judicial había intentado hacerlo durante una ya prolongada etapa instructiva.

En conclusión, si bien la no comparecencia del sindicado al proceso, no puede entenderse como expresión del derecho a la no autoincriminación de que trata el artículo 33 de la Constitución Nacional y desarrolla el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, como mal lo comprendió el a quo, por la sencilla razón que la indagatoria es un acto vinculante para el cual es posible ordenar la captura del procesado, sólo reemplazable precisamente en cuanto medio de vinculación y de celeridad procesal por otro mecanismo previsto legalmente cuando se dé la situación de contumacia o se desconozca el paradero del sindicado, no menos cierto resulta que esa negativa a estar a derecho no configura las violaciones alegadas por el recurrente, al debido proceso o al derecho de defensa, habida consideración que fue el propio Gerardo Cuéllar quien asumió esa actitud que no podía conducir a la parálisis del proceso obligando a su vinculación mediante declaratoria de persona ausente, no obstante lo cual, dada la designación de su defensor de confianza, relegando así al que de oficio se le había nombrado, ejerció a plenitud la defensa de sus derechos e intereses porque las diligencias demuestran incuestionablemente que aquél conoció los cargos así como el decurso de la actuación, tanto que, entre mu-

chas otras, su mandatario solicitó pruebas, demandó la ruptura de la unidad procesal, pidió cierre de investigación, interpuso recursos, tramitó cambio de radicación del proceso y solicitó la revocatoria del auto de detención.

Bajo los anteriores supuestos se confirmará entonces la decisión impugnada en cuanto denegó la petición de nulidad formulada en nombre del acusado Gerardo Cuéllar Botello.

1.3. *De la nulidad alegada en nombre del acusado Mauricio Silva Ruiz.*

Producido el cierre de la investigación en abril 25 de 1995, el sindicado Mauricio Silva Ruiz y su defensor solicitaron a la Fiscalía, el día 28 del mismo mes, la celebración de audiencia especial de conformidad con el artículo 37 A del Código de Procedimiento Penal, petición que fue resuelta adversamente con providencia de mayo 18 por considerarla extemporánea en la medida en que la norma invocada limita esa posibilidad hasta antes del cierre de la investigación, decisión ésta que al ser impugnada, recibió confirmación en segunda instancia mediante resolución de agosto 8 de 1995 en la que, además del argumento de oportunidad, se adujeron planteamientos acerca de la improcedencia de acudir a la audiencia solicitada pues "...independientemente de la valoración probatoria que...pudiere hacerse orientada a establecer si en realidad existe la duda necesaria que posibilitara una hipotética audiencia especial, requisito que sería indispensable, desde el punto de vista jurídico procesal es innegable que para el Fiscal *a quo* el proceso arroja la claridad suficiente que le permitió decretar el cierre porque consideró que ha recaudado la prueba necesaria y suficiente para calificar el sumario en alguno de los dos sentidos previstos, preclusivo o acusatorio".

"Ahora, -agrega la Fiscalía de segunda instancia- si la calificación del sumario, que es la única actuación posible después del cierre, es preclusiva, carecería de objeto la audiencia especial y devendría en improcedente, porque no existiría objeto alguno de un posible acuerdo, ni siquiera en los eventos de concurso delictivo, porque aun en este evento la duda probatoria habría de conducir necesariamente a la preclusión... Y si la calificación es acusatoria, ello significaría que la duda respecto de los requerimientos probatorios propios de esta providencia no existe, caso en el cual es también improcedente la celebración de la audiencia especial, porque también carecería de objeto".

No obstante las anteriores consideraciones, el defensor de Mauricio Silva Ruiz, en esta ocasión a través de la petición de nulidad que le fue denegada por el Tribunal en la decisión impugnada, insiste en la celebración de esa audiencia especial valido nada más que del argumento de oportunidad, señalando que la misma no se limita a la simple emisión del auto de cierre, sino que se extiende hasta su ejecutoria.

Así expuesta la situación y aunque ya mayoritariamente la Sala ha entendido que la expresión "hasta antes de que se cierre la investigación" empleada en los artículos 37 y 37 A del Código de Procedimiento Penal ha de interpretarse no como la mera declaración, sino proyectarse hasta la ejecutoria de la respectiva providencia (Providencia de abril 16 de 1998. Magistrados Ponentes Drs. Jorge Aníbal Gómez Gallego y Carlos E. Mejía Escobar), concluyese que en este asunto ese planteamiento no tiene incidencia alguna o, por lo menos, no de la trascendencia que le quiere imprimir el recurrente, así el Tribunal de primera instancia hubiere limitado su análisis sólo a él.

En efecto, dentro de la dinámica que le es propia al mecanismo procesal de la audiencia especial, ésta puede ser convocada a iniciativa del Fiscal o del procesado; pero, como se trata precisamente de un instrumento transaccional "sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia" el mismo ordenamiento (Art. 37 A parágrafo 2°, inciso 2° del C. de P.P.) dispone que, "el fiscal no estará obligado a concurrir a la audiencia cuando advierta que existe prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales puede versar el acuerdo", lo cual significa que no es imperativo del Fiscal convocar o asistir a la audiencia.

Tratándose entonces de audiencia especial queda a la discrecionalidad del Fiscal, y sólo de él, porque no hay posibilidad alguna de realizarla en el juicio, convocarla o no, concurrir a ella o dejar de hacerlo; pero esa potestad de no asistir a dicho acto se sujeta a la consideración de que la transacción no tendría ningún objeto por existir prueba suficiente sobre los aspectos referidos en el artículo 37 A como materia de acuerdo.

Si el fiscal, en el supuesto ya mencionado, no está obligado a concurrir a la audiencia, es apenas obvio que bajo esa misma consideración de existencia de "prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales puede versar el acuerdo" tampoco está obligado a convocarla cuando el procesado se la solicita, siendo tal la situación que se concretó en este asunto.

En este proceso es claro que, analizadas las resoluciones de la Fiscalía de mayo 18 y agosto 8 de 1995, la solicitud de audiencia especial formulada por Mauricio Silva Ruiz y su defensor, se negó con fundamento no en el singular argumento de oportunidad, sino además y principalmente por el ejercicio de esa facultad que la ley le defirió al ente investigador de no concurrir a la transacción cuando advirtiere que ésta carece de tema de negociación.

Aunque en aquella resolución de primera instancia la motivación se restringió sólo al momento en que podría solicitarse la celebración del acuer-

do, lo cierto es que la de segunda, no sólo reforzó la tesis de su a quo, sino que además abundó en razones para considerar que la audiencia especial era improcedente porque "carecería de objeto...no existiría objeto alguno de un posible acuerdo...", lo que se hizo más evidente al dictarse resolución de acusación.

Por tanto, si bien puede considerarse, según la interpretación mayoritaria de la Sala, que la solicitud de audiencia especial se formuló en tiempo, no resulta posible concluirse que su denegación hubiere conculcado el derecho de defensa o el debido proceso, cuando tal decisión obedeció a la facultad legal que ostenta la Fiscalía de no concurrir a ese acto en términos del parágrafo segundo del artículo 37 A, lo cual conduce a la Corte a confirmar en ese sentido la providencia recurrida.

No configurándose entonces causal alguna de las previstas en el artículo 304 del C. de P.P., queda claro, para atender las alegaciones del no apelante que hizo uso del traslado, que, al haber decretado el *a quo* la nulidad parcial respecto del sindicado Alvaro Medina Valderrama, no se afecta en nada la actuación surtida en relación con los demás procesados, así no se hubiere dicho expresamente en la decisión recurrida, lo que por demás no era necesario, dada la lógica y las consecuencias de ese decreto parcial de invalidez.

1. De las pruebas denegadas

Sobre la base de que el artículo 250 del estatuto procesal penal permite rechazar las pruebas que no conduzcan a establecer la verdad de los hechos materia del proceso, las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen acerca de aspectos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas, y atendiendo además que la garantía de investigación integral implica averiguar, con igual celo, las circunstancias que demuestren el hecho punible, agraven o atenúen la responsabilidad del sindicado, y las que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de ella, apreciará la Sala cada una de las inconformidades que en esta materia han planteado los recurrentes, así:

2.1. De las negadas a Gerardo Cuéllar Botello.

2.1.1. Como quiera que el DAS, de acuerdo con la normatividad entonces vigente, Decreto 057 de 1987, también ejercía funciones de Policía Judicial y los informes que rindió fueron resultado de una misión de trabajo impartida por el funcionario instructor, es indudable que la verificación o confrontación que de aquéllos solicita Gerardo Cuéllar resulta superflua porque no hay razón suficiente que justifique el que se reitere una prueba que ya existe en el proceso, obedeciendo su duplicación simplemente al capricho del impugnante.

Diferente es que los mentados informes (Fl.382 Cuad. No. 2 y fol. 262 Cuad. No. 3) presenten las incongruencias que alega el impugnante, pues

en tal caso sí resultan conducentes las aclaraciones que puntualiza el apelante en su escrito visible a fol. 300 y s.s. del primer cuaderno del Tribunal, pero sólo en cuanto su propósito sea el de dilucidar esos aspectos específicos de inconsistencia y no de la manera global pretendida por el apelante.

En ese sentido, encontrando que los cuatro temas de aclaración que señala el recurrente se restringen en realidad a dos, correspondiendo los demás a la valoración de la prueba que deberá hacerse en su momento oportuno y que aquélla puede lograrse en parte, de la manera en que lo determinó el *a quo*: solicitando a la Registraduría Nacional certificación sobre si las cédulas de las personas mencionadas por el procesado se encuentran vigentes e información sobre la fecha de defunción de aquellas cuyas cédulas fueron dadas de baja por muerte, se adicionará simplemente la providencia impugnada en cuanto, aceptándose que en algunos números de cédula se incurrió en error mecanográfico, deberá igualmente pedirse a la entidad competente copias de las tarjetas decadactilares correspondientes a Pedro María Castellanos Sánchez y Ernestina Mendoza de la Roche.

2.1.2. También el *a quo* le negó a Gerardo Cuéllar la práctica de inspecciones judiciales a Cajanal para determinar lo relativo a la embargabilidad o no de las cuentas corrientes de esa entidad y para establecer el carácter de título ejecutivo de cada una de las resoluciones aportadas como base del recaudo forzado laboral, bajo argumentos de impertinencia o porque en relación con los temas reclamados por el recurrente ya existía prueba en el proceso, decisión que ha de ser confirmada porque las pruebas así pedidas resultan ineficaces en la medida en que la inembargabilidad de un bien o el carácter ejecutivo de un documento los señala la ley, de modo que al juzgador no le queda más por hacer sino una simple tarea de confrontación que no se suple con una inspección judicial, mucho menos cuando el criterio de confiabilidad a que acude el recurrente resulta subjetivo y por ende corresponde a la apreciación que desde su personal punto de vista hace de los informes periciales rendidos, pero no a elementos objetivos sobre los cuales deba practicarse otra prueba sobre lo mismo.

2.1.3. La impertinencia de la prueba que solicita Gerardo Cuéllar se traslade a este proceso es notoria, pues de su propia argumentación se infiere que aquella versa sobre hechos que no son materia de este juicio, por lo que, en aplicación del precitado artículo 250, habrá de confirmarse la negativa que en ese sentido profirió el Tribunal de primera instancia.

2.1.4. Determinar la conducta del juez Héctor Ramiro Trujillo, en un sistema de responsabilidad de acto, no conduce a probar ni a desvirtuar los hechos *que se le imputan a Gerardo Cuéllar Botello, por tanto bien procedió el a quo* al negar la solicitud de que se adjuntara copia de la hoja de

vida del precitado funcionario pues en efecto ella no tendría la virtud de establecer la verdad de los acontecimientos materia de este proceso.

2.1.5. La señora Flor Elba Ríos Cerinza rindió testimonio en abril 8 de 1992 (Fl. 141 y s.s. cuad. No. 5, paquete de anexos No. 2) cuando ya Gerardo Cuéllar Botello había sido vinculado al proceso, se había nombrado y posesionado el defensor de oficio e incluso cuando ya se le había reconocido personería al abogado designado por él, y en tal oportunidad la deponente dio suficiente ilustración sobre los temas que el recurrente pretende sean objeto de ampliación de declaración, de modo que, resultando dicha petición de prueba manifiestamente superflua, la decisión recurrida, en ese sentido también habrá de confirmarse.

2.2. *De las negadas a Hernando Díaz Castro.*

Como la solicitud de práctica de pruebas presentada por el acusado en mención se sustentó genéricamente en que "con ellas se pretende desvirtuar los cargos, basados en presunciones e indicios", el funcionario de primera instancia las negó en razón a que "no precisa lo que se propone acreditar con ellas...y no contribuir a esclarecer la conducta asumida por este procesado".

Es evidente para la Sala que si bien, el ordenamiento garantiza la investigación integral, ésta no significa que el funcionario judicial debe acceder a todo aquello que los sujetos procesales soliciten; por el contrario, a él, como director del proceso, le corresponde preservarlo de diligencias impertinentes o inconducentes que ninguna relación guarden con lo que es materia de juicio, y como esto se ha reflejado en la decisión del a quo, al negar la práctica de las pruebas solicitadas por Díaz Castro, habrá de confirmarse.

En efecto, si los medios de convicción que se deben allegar son aquellos que conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos objeto del proceso, los que reclama Díaz Castro resultan impertinentes o inconducentes, no sólo porque el peticionario omite precisar dichos aspectos, sino además porque evidentemente no se logra determinar lo que se pretende demostrar sobre los cargos que se hacen al acusado, con la certificación sobre empleos desempeñados en la Rama Judicial, o con las actas de elección de Ramiro Trujillo como juez, o con que el modelo del contrato de prestación de servicios fue un obsequio, o si existía amistad o simpatía entre Trujillo y Díaz Castro; tampoco se logra establecer cuál es el propósito de traer al juicio una relación de todas las tutelas tramitadas en los años 1996 y 1997 en los Juzgados del Circuito de Neiva, o de obtener certificación de pagos en relación con esas acciones, mucho menos cuando los hechos materia de este proceso se detectaron en 1990.

Del mismo modo, debe estimarse inconducente la prueba testimonial cuya práctica se solicita con fines tan genéricos o para que "se interro-

guen ampliamente sobre los hechos dados a conocer y que interesan al proceso", pues es evidente que no se establece relación alguna con los hechos objeto de la acusación; igualmente resulta improcedente, de acuerdo con el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, el que, existiendo la prueba trasladada, haya de citarse a deponentes para que se ratifiquen de ella, o practicarse nuevas liquidaciones.

2.3. *De las pruebas negadas a la defensa de Héctor Ramiro Trujillo.*

Finalmente la defensora del ex Juez Segundo Laboral del Circuito de Neiva solicitó, en primer término, se recepcionara el testimonio de Diego Fernando Collazos Andrade, secretario del Juzgado Primero, con el objeto de "establecer La Rata de los Intereses aplicados para la época en las liquidaciones que se llevaron a cabo en ese Despacho", petición que fue negada por el Tribunal de instancia por cuanto "no se considera procedente que mediante prueba testimonial se establezca la tasa de interés..."; y aunque la defensora, en su escrito de sustentación del recurso, acepta lo ineficaz de la prueba solicitada, aduce que su utilidad radica en demostrar el mecanismo y la política empleada por los señores jueces laborales, argumentación que, en consideración de la Corte, impone la confirmación de aquella negativa habida consideración de la absoluta ineficacia que puede tener un testimonio para establecer ese aspecto, a no ser que se trate de los intereses contractuales, que no es el caso puesto que se ha venido hablando es de los legales e incluso comerciales.

En segundo lugar, solicitó la defensora de Trujillo, para "demostrar la rectitud en el ejercicio de sus funciones como juez" el traslado de una serie de procesos adelantados por virtud de acciones de tutela en diversos despachos, que mereció la negativa del *a quo* a reiterarse en esta instancia pues, además de que resulta nuevamente predicable la condición de ineficacia, es también obvio que esas acciones de tutela no conducen a establecer la verdad de los hechos materia de este proceso que se vienen investigando desde el año 1991 y si lo que se pretende es demostrar un criterio jurisprudencial como principio orientador de la actividad en este asunto, es clara también la impertinencia de la prueba que se reclama.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

Con la adición precisada en el aparte 2.1.1. de la parte motiva, CONFIRMAR en lo que fue materia de apelación, la providencia de julio 22 de 1997 por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, entre otras decisiones, negó peticiones de nulidad y de pruebas formuladas por Gerardo Cuéllar Botello y su defensor, Hernando Díaz Castro, el defensor de Mauricio Silva Ruiz y la defensora de Héctor Ramiro Trujillo.

Notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y CUMPLASE.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL

1. No importa, para efectos de precisar el concepto de la violación, los motivos que pudieron haber llevado al juzgador a la transgresión de la disposición sustancial; lo que realmente cuenta es la decisión que el juzgador adopte en relación con ella. En este orden de ideas, si la norma es aplicada debiendo no serlo o inaplicada debiendo serlo, habrá llanamente aplicación indebida o falta de aplicación, según cada caso, independientemente de que al error se haya llegado porque el juzgador se equivoca sobre su existencia, validez, o alcance.

2. Tradicionalmente ha sido dicho por la Corte que los factores condicionantes del otorgamiento de la condena de ejecución condicional son de naturaleza objetiva y subjetiva, y que la acreditación de los primeros (clase de pena y duración) constituye presupuesto necesario para poder avanzar en la constatación de los últimos, cuyo análisis ha sido dejado por la ley al juicio prudente y equilibrado del funcionario judicial.

También ha sostenido que los aspectos que componen el factor subjetivo (personalidad, naturaleza y modalidades del hecho), deben conjugarse positivamente en favor del acusado para que el sustituto pueda ser otorgado, y que el Juez en el estudio de ellos goza de un amplio margen de discrecionalidad, operable en el marco de la racionalidad y el buen juicio, sin llegar a pecar de insólita rigidez o excesiva largueza, que puedan perjudicar al procesado o sembrar incertidumbre o desconfianza en la comunidad (Cfr. Casación de abril 24/92. Mag. Ple. Dr. Gómez Velásquez).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Proceso No. 9993

Aprobado Acta No. 112 julio 29/98

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia anticipada, mediante la cual el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá condenó a los procesados Flor Nubia Bejarano y Hebler

Ramírez Cardona a la pena principal de 32 meses de prisión y multa de diez salarios mínimos mensuales como autores responsables de la conducta punible prevista en el artículo 33, inciso primero, del estatuto nacional de estupefacientes (ley 30 de 1986).

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 2 de febrero de 1994, en las primeras horas de la mañana, unidades de la Policía Metropolitana de Santa Fe de Bogotá detuvieron en el barrio Lucero Alto el taxi de placas SEE-208, en el cual se movilizaban Javier Orlando Torres Vanegas (conductor), Hebler Ramírez Cardona y Flor Nubia Bejarano (pasajeros), con el propósito de efectuar una requisa, hallando en poder de esta última una bolsa con 4.372 papeletas contentivas de 1.708, 2 gramos de cocaína, peso neto (fols.1, 2, 3, 33, 89).

Iniciada la investigación, la Fiscalía vinculó al proceso mediante indagatoria a los ocupantes del vehículo y resolvió la situación jurídica de Flor Nubia Bejarano y Hebler Ramírez Cardona con medida de aseguramiento de detención preventiva por infracción a la ley 30 de 1986, artículo 33, inciso primero. Respecto de Torres Vanegas, se abstuvo de proferir medida precautelativa, disponiendo su libertad inmediata (fols.15, 19, 23, 26 y 65).

A instancias de la defensa y previo cumplimiento del trámite previsto en el artículo 37 del estatuto procesal (modificado por los artículos 3° de la ley 81 de 1993 y 11 de la ley 365 de 1997), el Juzgado 57 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá dictó sentencia anticipada el 23 de marzo de 1994, mediante la cual condenó a los procesados a la pena principal de 32 meses de prisión y multa de diez salarios mínimos mensuales, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período de la pena aflictiva, como autores responsables de la conducta punible prevista en el artículo 33.1 de la ley 30 de 1986, y les negó el subrogado penal de la condena de ejecución condicional (fols.108, 109, 126, 148).

Inconforme con esta última decisión, el defensor de los procesados apeló el fallo, pero el Tribunal Superior de Bogotá, mediante el suyo que ahora es motivo del recurso extraordinario, lo confirmó en los aspectos objeto de impugnación (fols.36-2).

En el trámite de casación la Corte otorgó a los acusados la libertad provisional, de conformidad con lo establecido en los artículos 55.2 de la ley 81 de 1993 y 72 del Código Penal, tras acreditar el cumplimiento de las 2/3 partes de la pena, la ausencia de Antecedentes y su buena conducta en el establecimiento carcelario (fols. 72 cuaderno de la Corte).

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo primero, el censor acusa la sentencia impugnada de violar directamente la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 68 del Código Penal.

Sostiene que los juzgadores de instancia al negar el subrogado penal de la condena de ejecución condicional malinterpretaron el citado precepto, le dieron "un sentido equivocado, un mal entendimiento, apreciación diferente, como quien dice se le hizo producir efectos futuristas que no contempla la norma en mención y que por ende le son contrarias, dicho alcance no es permitido ni siquiera al propio legislador dado que su interpretación es coetánea al hecho concreto y no lo que estará por suceder, es así que donde no distingue el legislador mucho menos lo puede hacer el juzgador".

Si bien es cierto delitos como los previstos en la ley 30 de 1986, merecen reproche social, atendidas las circunstancias de riesgo para la comunidad, debe advertirse que el artículo 68 no tiene dicho alcance apreciativo, y que para el otorgamiento del subrogado debe partirse de análisis concretos de la personalidad de los procesados, las circunstancias y gravedad del hecho.

Cuando se dice gravedad del hecho, es necesario analizar el daño social, pero no subjetivamente, ni a la ligera, sino que se debe establecer en concreto cuál fue el daño causado o que puso en peligro la niñez o la juventud, sin que se pueda partir de supuestos subjetivos, sobre hechos no sucedidos. El daño social no puede descansar en la premisa "qué pasaría si se hubiese distribuido la cantidad de cocaína decomisada y su efectiva utilización, cuando en verdad no alcanzó tales dimensiones".

Fue esto precisamente lo ocurrido con la decisión del ad quem, pues mientras los grandes capos de la mafia son beneficiados con "exaustivas (sic) concesiones" por sometimiento a la justicia, como forma de legalizar los grandes capitales, personas como Flor Nubia Bejarano y Hebler Ramírez Cardona, que por cuestiones de la vida se ven en la penosa necesidad de ejecutar esta clase de conductas, en aras no de dañar la sociedad, sino para poder sobrevivir ante su indiferencia, son sometidas a terapia penitenciaria.

Aceptando en gracia de discusión que este tratamiento es necesario, las instancias debieron precisar en qué consistía y cuánto tiempo debía ser considerado suficiente para su readaptación, teniendo en cuenta el quantum de la pena impuesta. Pero esta precisión, desde luego, no es posible hacerla. No habrá juristas, psicólogos ni afines que puedan establecerlo, y sólo serán apreciaciones subjetivas que tendrán variación dependiendo de los valores, convicciones o resentimientos de quien la lleve a cabo, siendo los resultados diversos entre sí, puesto que tampoco existen reglas específicas para su determinación.

Apoyado en estos planteamientos solicita a la Corte crear jurisprudencia "en el sentido de establecer cuál es el factor tiempo, referenciado a una condena en concreto, para determinar que un condenado con pena de prisión inferior a 36 meses (art. 68, numeral 1° C.P.) ya ha cumplido con el

tratamiento penitenciario", y otorgar en favor de sus representados el subrogado de la condena de ejecución condicional (fols.75-2).

Escrito apreciatorio

El Procurador 14 en lo Judicial Penal se opone inicialmente a las pretensiones del casacionista por considerar que no demuestra cómo el juzgador erró en la interpretación del artículo 68 del Código Penal, pero en seguida replantea el cargo para demandar el otorgamiento del subrogado, sobre el supuesto de que el Tribunal, al valorar en abstracto y no en concreto la gravedad del hecho punible, erró en la interpretación del referido precepto (fols.95 y ss).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Después de analizar cada uno de los elementos de naturaleza subjetiva requeridos para el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal sostiene que cada uno está referido a aspectos claramente diferenciables y autónomos: la personalidad, al procesado; la naturaleza del hecho, al tipo de delito y su vigencia social; y, las modalidades, a la situación particular en que se desarrolló la conducta. Todos ellos, a su turno, permiten establecer, frente a las funciones de la pena, la necesidad o no de tratamiento penitenciario.

En el primero (la personalidad), es preciso determinar "si el acusado ha revelado tener personalidad inadaptada al medio social, condiciones psíquicas internas que lo inciten al desobedecimiento o falta de internalización de las normas de convivencia social, o bien condiciones de su conformación interior que determinen la intervención de un sistema coactivo directo, para su majoramiento o inocuización". Este estudio no pretende establecer la peligrosidad del autor para imponer por ella una sanción, sino fijar sus condiciones específicas frente a la reacción estatal, su sentido de responsabilidad social y la influencia del proceso y la pena en su personal manera de asumir la convivencia social. Estará regido además por las funciones retributiva y resocializadora de la pena, "en cuanto permitirá determinar si el castigo adecuado al delincuente es su internamiento en la prisión, bien porque ninguna otra respuesta punitiva lograría los efectos benéficos que se suponen en el sistema penitenciario, ora porque es necesario someter al sentenciado a un particular sistema de disciplina que garantice la internalización de los valores generalmente aceptados en la sociedad en la que se ha de desenvolver al cumplimiento de la pena".

En el segundo, se estudiará la necesidad de un efectivo cumplimiento de la sanción, fundamentalmente desde la óptica de las funciones preventiva y protectora de la pena, en cuanto que las condiciones que a tal factor pertenecen, aluden principalmente a la percepción social de la conducta y las consecuencias que el delito tiene en las relaciones sociales, en la trans-

misión de los valores culturales y morales, y la forma como se afecta la comunidad.

El tercero, complementa el juicio que el juzgador hace respecto de la personalidad del sentenciado, y permite establecer las necesidades de protección social, que son connaturales al sistema penal y la procedencia o no de un tratamiento rehabilitador.

En el caso particular, el Tribunal apoyó su decisión de exigir el cumplimiento de la pena en un razonado análisis de las condiciones que determinan la gravedad del hecho punible, en cuanto conducta que implica un serio atentado contra importantes bienes jurídicos y una afectación de las condiciones de desarrollo social de la infancia y la juventud.

Dichas motivaciones, no implican un juicio previo sobre lo que hubiera podido pasar si se hubiera logrado la distribución del estupefaciente, sino la concreción de las razones que llevaron al juzgador a considerar como delito de especial gravedad, en la hora actual, el tráfico de estupefacientes, y la necesidad de que la pena en tales casos se cumpla como elemento disuasorio, habida consideración del peligro que la conducta representa.

La situación de los procesados no se examinó, como parece entenderlo el recurrente, a partir de meras especulaciones, sino que razonadamente se expuso por qué la pena debía hacerse efectiva, atendiendo sus funciones protectora y preventiva, que aconsejaron tratamiento penitenciario como respuesta institucional adecuada al hecho.

La naturaleza del acontecer delictivo como criterio determinador del subrogado debe examinar los efectos que una particular forma de delincuencia tiene en la comunidad, y aun cuando en los delitos de daño individual o concreto generalmente se impone el análisis del episodio delictivo frente a las particularidades del núcleo social en que se produjo, en los que el daño se dirige a todos los miembros de la comunidad no es posible este examen, justamente porque debido a su naturaleza el legislador adelanta el momento de protección del bien jurídico, pues estima, por razones de política criminal, que el ataque demanda una respuesta mucho más estricta.

En las anotadas condiciones, no es dable afirmar que la sentencia haya interpretado erróneamente el artículo 68 del Código Penal, como lo sostiene el impugnante, cuyo discurso está realmente orientado a discutir la institución misma de la prisión, porque no cumple con las funciones que legislativamente le han sido asignadas.

Pide a la Corte no casar la sentencia impugnada, y abstenerse de pronunciarse sobre los planteamientos del Procurador Judicial no recurrente, en cuanto se aparta de las proposiciones contenidas en la demanda para formular una nueva censura.

SE CONSIDERA:

1. Reiteradamente ha sido dicho por la doctrina de la Corte que la violación directa de la ley sustancial puede llegar a presentarse por falta de aplicación, aplicación indebida, o interpretación errónea de un determinado precepto, acogiendo de esta manera el criterio de clasificación trimembre de los sentidos de la violación, que reconoce total autonomía al último de ellos.

Dentro de esta categorización, se entiende que existe falta de aplicación cuando el juzgador deja de aplicar al caso la norma correcta; aplicación indebida cuando aduce una norma equivocada; e interpretación errónea, cuando acierta en la selección del precepto que debe regular el caso y lo aplica, sólo quedándole unos alcances o efectos distintos de aquellos que jurídicamente le corresponden.

La diferencia de las primeras con la última, radica en que en la falta de aplicación y la aplicación indebida subyace un error en la selección del precepto, característica que no comparte la tercera, donde el yerro es sólo de exégesis, pues se parte del supuesto de que la norma aplicada es la correcta.

No importa, para efectos de precisar el concepto de la violación, los motivos que pudieron haber llevado al juzgador a la transgresión de la disposición sustancial; lo que realmente cuenta es la decisión que el juzgador adopte en relación con ella. En este orden de ideas, si la norma es aplicada debiendo no serlo o inaplicada debiendo serlo, habrá llanamente aplicación indebida o falta de aplicación, según cada caso, independientemente de que al error se haya llegado porque el juzgador se equivoca sobre su existencia, validez, o alcance.

En síntesis, si una determinada norma de derecho sustancial ha sido incorrectamente seleccionada, y este error ha sido determinado por equivocaciones del Juez en la auscultación de su alcance, habrá aplicación indebida o falta de aplicación, pero no errónea interpretación del precepto, puesto que para la estructuración de este último sentido de la violación se requiere que la norma haya sido y deba ser aplicada.

Estas precisiones son desatendidas por el actor en el caso sub judice, pues si los juzgadores de instancia dejaron de aplicar el artículo 68 del Código Penal, el ataque debió enderezarse con apoyo en este sentido de la violación de la ley, no por interpretación errónea del precepto, como se hizo, en el entendimiento de que cuando se llega a la inaplicación o aplicación indebida de una norma por errores de exégesis, se estructura también este concepto de la infracción. Lo que no podría ocurrir sería lo contrario: que pudiera alegarse una interpretación errónea de una norma que termina no aplicándose.

Esta postura, no obstante, en nada afecta el estudio del cargo, pues es claro que el ataque descansa sobre el supuesto implícito de haberse dejado de aplicar el citado artículo 68 (modificado por el Decreto 141 de 1980, artículo 1°), debido a vicios en la concreción de sus alcances jurídicos.

2. Los fundamentos de la decisión impugnada, en cuanto dice relación con la declaración de improcedencia del subrogado penal de la condena de ejecución condicional, descansan en la consideración de que si bien es cierto la personalidad de los acusados y las modalidades del hecho punible permitían un juicio positivo sobre su viabilidad, dada la ausencia de antecedentes penales y su entrega voluntaria a las autoridades, no ocurría lo mismo con la gravedad del hecho punible, puesto que esta clase de conductas "constituyen un verdadero atentado contra la salubridad pública, contribuyen a la descomposición social, menoscaban los valores socioculturales de la comunidad y representan un riesgo constante para la niñez y la juventud, bases del andamiaje social". Y agrega:

"Es por ello, que la Sala, sin pecar de peligrosista, considera que los delincuentes dedicados a la comercialización y distribución de estupefacientes, constituyen una verdadera amenaza para la sociedad y por consiguiente deben purgar sus penas, aun las de corta duración, privados de la libertad y sometidos a tratamiento intramural, como lo estimó el fallador primario" (fols.41-2).

3. Estas apreciaciones, en sentir del actor, son equivocadas, puesto que el análisis de los presupuestos establecidos en el artículo 68 del Código penal para la procedencia del subrogado debe hacerse frente al caso concreto, sin que sean viables reflexiones abstractas ni futuristas en torno de ellos, especialmente en cuanto tiene que ver con la gravedad del hecho, aspecto que imponía hacer precisión sobre el "daño ocasionado y que puso en peligro la niñez y la juventud".

4. Tradicionalmente ha sido dicho por la Corte que los factores condicionantes del otorgamiento de la condena de ejecución condicional son de naturaleza objetiva y subjetiva, y que la acreditación de los primeros (clase de pena y duración) constituye presupuesto necesario para poder avanzar en la constatación de los últimos, cuyo análisis ha sido dejado por la ley al juicio prudente y equilibrado del funcionario judicial.

También ha sostenido que los aspectos que componen el factor subjetivo (personalidad, naturaleza y modalidades del hecho), deben conjugarse positivamente en favor del acusado para que el sustituto pueda ser otorgado, y que el Juez en el estudio de ellos goza de un amplio margen de discrecionalidad, operable en el marco de la racionalidad y el buen juicio, sin llegar a pecar de insólita rigidez o excesiva largueza, que puedan perjudicar al procesado o sembrar incertidumbre o desconfianza en la comunidad (Cfr. Casación de abril 24/92. Mag. Pte. Dr. Gómez Velásquez).

El estudio de la naturaleza y modalidades del hecho punible busca fundamentalmente establecer su gravedad o trascendencia, y a partir de allí conocer los rasgos de la personalidad del procesado, como manifestación de su forma de ser y de actuar en comunidad, no siendo por consiguiente acertado deslindar, como lo hizo el ad quem, unos aspectos de otros.

En este análisis, no pueden ser sólo objeto de estudio los factores relacionados con la caracterización puntual de la conducta típica, como pareciera entenderlo el libelista, sino también los que permiten establecer su dañosidad (entidad del bien jurídico tutelado, intensidad de su afectación y repercusiones en el ámbito social), así como la forma y grado de culpabilidad.

Estos aspectos, examinados conjuntamente, han de servir de fundamento para determinar si el sujeto agente requiere o no tratamiento penitenciario, análisis que necesariamente debe comprender un balance prospectivo de su actitud comportamental, con miras a determinar si está en condiciones de reinsertarse a la vida social, o si debido a incapacidad para resolver sus conflictos, requiere asistencia, existiendo la probabilidad seria de que reincida en actos delictivos.

En el caso que es objeto de análisis, el Tribunal negó a los acusados la suspensión condicional de la condena haciendo especial énfasis en la naturaleza del bien jurídico tutelado y las repercusiones sociales de esta clase de comportamientos, pues estimó que las personas dedicadas a la distribución y comercialización ilícita de sustancias estupefacientes representan un verdadero peligro para la sociedad, y en tal medida debían purgar siempre las penas, aun las de corta duración.

Esta postura, a pesar de los términos en que está concebida, no advierte equivocada para el caso concreto, ni trasciende los márgenes de discrecionalidad racional de que goza el juzgador en el análisis de los factores condicionantes del subrogado, cuya transgresión el censor tampoco demuestra. La propia Corte ha venido siendo especialmente severa frente a conductas delictivas que, como en el caso del narcotráfico, ameriten tratamiento penitenciario.

La entidad del bien jurídico tutelado no puede ser factor de prohibida consideración en el proceso de estudio sobre la procedencia del sustituto, como parece entenderlo el casacionista. La realidad social enseña que al compás de las mutaciones que con el paso del tiempo experimentan en el conglomerado los valores éticos y culturales vigentes, varía también el grado de reprochabilidad de las conductas delictivas, haciendo que éstas adquieran, según el momento, un mayor o menor grado de relevancia social.

Este fenómeno, por su misma naturaleza, requiere ser analizado frente a las concretas circunstancias históricas en que ha tenido lugar el acon-

tecer delictivo, labor que, como resulta lógico, sólo puede llevarla a cabo el Juez, dentro del amplio margen de discrecionalidad de que goza en el estudio de los aspectos determinantes de la condena de ejecución condicional, como viene de ser precisado en párrafos anteriores. De allí que las críticas que le han sido formuladas al fallo por haber el funcionario judicial incursionado en el análisis del bien jurídico tutelado, y las agudas repercusiones sociales de la conducta, resultan inaceptables.

El otro argumento aducido por el libelista contra la declaración de improcedencia de la condena de ejecución condicional, en el sentido de que el *ad quem* no precisó, como correspondía hacerlo, el daño individual ocasionado con la conducta, tampoco es acertado, pues, como lo anota el Procurador Delegado en su concepto, cuando el delito afecta fundamentalmente valores o intereses de contenido social, no se requiere entrar en el análisis del episodio delictivo frente a las particularidades del núcleo social en que se produjo, justamente porque debido a su naturaleza la ley anticipa el momento de protección del bien jurídico, para fijar en éste, no en uno ulterior, el momento de su relevancia jurídico penal.

Es de precisar, finalmente, que no es exigencia a hacer al juzgador, que determine de modo prospectivo el tiempo mínimo de resocialización del sentenciado, como lo pretende el censor, y que la circunstancia de que el instituto de la prisión no cumpla las funciones que le han sido asignadas, no autoriza dejar en libertad a los procesados. Hacerlo sería "avanzar hacia la sinrazón de impedir el funcionamiento de las instituciones del estado encargadas de la represión penal, patrocinando de este modo la violación de las garantías judiciales -que se encuentran consagradas en el ordenamiento positivo como mandatos de imposible desconocimiento para los funcionarios del Estado- e incluso la impunidad, pues una tal postura implicaría la imposibilidad de imponer pena alguna por cualquier delito, en tanto que la prisión no cumple con ninguna de las funciones legalmente previstas, con el consecuente detrimento de las bases mismas del estado de derecho", como de igual manera lo explica el Procurador Tercero en su concepto, dando así lugar a la más práctica de las fórmulas para que el Estado incumpla los compromisos sociales que históricamente le incumben.

Estas consideraciones, y las que adicionalmente formula la Delegada, que la Sala comparte, resultan suficientes para desestimar la censura.

Alegato apreciatorio

Una vez más debe la Corte precisar que esta oportunidad de alegación ha sido establecida para que los sujetos procesales no recurrentes puedan coadyuvar u oponerse a las pretensiones de la demanda, no para que presenten un nuevo escrito impugnatorio, como lo hace en el presente caso el Procurador 14 en lo Judicial Penal después de pedir la desestimación de la demanda.

Si el funcionario consideraba que la decisión de los juzgadores de instancia se apartaba del ordenamiento jurídico, ha debido, en su condición de Representante del Ministerio Público, impugnar oportunamente la sentencia y presentar la correspondiente demanda, a fin de que la Corte pudiera entrar a estudiarla, pero no pretender a través del escrito apreciatorio la formulación de una nueva censura sin haber interpuesto siquiera el recurso.

Casación oficiosa

Advierte la Sala que los juzgadores de instancia al proferir la decisión condenatoria dejaron de aplicar a la pena de multa el descuento de la tercera parte previsto en el artículo 37 del estatuto procesal (modificado por el 3°de la ley 81 de 1993) para quienes se acogen en la etapa del sumario al instituto de la sentencia anticipada. Por tanto, se procederá a su reconocimiento, con fundamento en la facultad oficiosa que a la Corte confiere el artículo 228 del estatuto procesal.

Siguiendo los parámetros tenidos en cuenta para la cuantificación de la pena privativa de la libertad, el descuento deberá hacerse a partir del mínimo previsto por la norma legal, es decir de diez (10) salarios, para una pena pecuniaria definitiva de 6.66 salarios mínimos mensuales.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Tercero Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. DESESTIMAR la demanda de casación presentada por el defensor de los procesados Flor Nubia Bejarano y Hebler Ramírez Cardona.

2. CASAR PARCIALMENTE Y DE OFICIO la sentencia impugnada para fijar en 6.66 salarios mínimos mensuales la pena de multa para cada uno de los acusados.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PROCURADOR

La intervención del Ministerio Público ante los Juzgados Penales y Promiscuos del Circuito, bien se ejerza por Procuradores Judiciales I, que debería ser lo regular, o por Procuradores Judiciales II, como medida temporal, debe necesariamente circunscribirse al ejercicio de sus funciones dentro de los límites que le son dados por la competencia atribuída a los Jueces ante quienes se actúa, incluyéndose como extremo de dichas facultades la posibilidad de recurrir por vía de apelación la sentencia e inclusive de sustentar oralmente este recurso ante el ad quem, ya que las determinaciones adoptadas por esas colegiaturas en segunda instancia, previo el reparto, forzosamente deben notificarse a los Procuradores Judiciales Penales II que en cada caso fungen ante los Tribunales Superiores de Distrito, toda vez que son éstos los únicos habilitados por el literal b del art. 91, de la Ley 201 de 1995 para "Intervenir en los procesos de que conoce en primera y segunda instancia la Sala Penal del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial" y, por ende, quienes en representación del Ministerio Público podrían recurrir extraordinariamente las sentencias.

De este modo se mantiene incólume la representación del Ministerio Público dentro de los procesos penales, cuya presencia resulta constitucionalmente imperativa en la protección de las garantías fundamentales y el orden jurídico, debiéndose tener en cuenta que por la naturaleza que le es propia a la Procuraduría como órgano de control, esta intervención es escalonada, como que no comporta una directa sujeción a un proceso en particular y mucho menos una responsabilidad hasta su culminación, en la medida en que ella depende de la autoridad y momento en que se produce su intervención procesal, sin que desde luego pueda confundirse la parte como sujeto procesal que es representada, con el individuo que en cada caso desempeña este rol, es decir, que la representación está antes y por encima de la persona que encarna su ejercicio.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 14540

Aprobado Acta No. 126

VISTOS

Decide la Sala sobre el recurso de hecho interpuesto por el Procurador 20 Judicial Penal doctor José Ignacio Cabrera Méndez, contra el auto fechado el 6 de mayo del año en curso, por medio del cual el Tribunal Superior de esta ciudad capital denegó por extemporáneo el recurso extraordinario de casación por él interpuesto contra la sentencia proferida por esa Corporación el 13 de marzo anterior.

ANTECEDENTES

Contra el fallo proferido por el Juzgado 29 Penal del Circuito de esta capital el 22 de octubre de 1997, mediante el cual se condenó a José María Beltrán Delgado y Mariela Zambrano Cárdenas a la pena principal de 36 meses de prisión y multa de un millón de pesos para cada uno, como responsables del delito de enriquecimiento ilícito, el Procurador 20 Judicial Penal doctor José Ignacio Cabrera Méndez quien venía actuando a partir de la etapa del juicio, interpuso el recurso de apelación que luego sustentó oralmente ante el Tribunal Superior.

El 13 de marzo del año en curso, al desatar la impugnación, el *ad quem* confirmó integralmente el fallo de primer grado, notificando al Ministerio Público representado en esta instancia por la doctora Aura Elsa Perico Camargo el 17 del mismo mes y por edicto a los demás sujetos procesales, que duró fijado hasta el día 24 posterior.

No obstante lo anterior, el 31 de marzo es notificado personalmente el doctor Cabrera Méndez, interponiendo el recurso de casación mediante escrito presentado el 23 de abril siguiente. Precisamente por proveído de esta misma fecha y por estimarse que habrían sido impetrados dentro del término señalado en el art. 224 del C. de P.P., fue concedido a los procesados Beltrán Delgado y Zambrano Cárdenas el recurso extraordinario de casación.

A su turno, mediante auto el 6 de mayo la Corporación *ad quem* dispuso: "Comoquiera que la sentencia proferida por este Tribunal el trece de marzo de mil novecientos noventa y ocho, quedó en firme el veintiuno de abril del año en curso, a las 6:00 P.M., y que quien interpone el recurso de casación, el señor Procurador 20 Judicial II Penal, lo hizo el día veintitrés de abril a las 5:50 de la tarde, por ser extemporánea la interposición del recurso extraordinario (art. 323 C.P.P.) la Sala procederá a denegarlo".

Contra esta decisión, el doctor Cabrera Méndez recurrió de hecho, sosteniendo que al habérsele notificado personalmente la sentencia de se-

gunda instancia el 31 de marzo del año en curso, por ser el Procurador Judicial que venía actuando en la primera instancia y quien habría recurrido el fallo del *a quo*, es obvio entender que el recurso de casación interpuesto el 23 de abril lo fue dentro del término legal señalado en el Código de Procedimiento Penal, pues tal lapso vencía hasta el 29 de ese mismo mes.

Pese a lo anterior, acota, "se notifica a otro ministerio público no sé si por error y es a éste al que le dan los términos al parecer y no al procurador 20 que ha actuado dentro de la primera y segunda instancia interponiendo los respectivos recursos".

Insiste, pues, en que apenas habrían transcurrido 12 días a partir de la fecha en que le fue notificado personalmente el fallo de segunda instancia, cuando interpuso el recurso de casación, oportunidad que "estaría dentro del término legal y al cual me acogí, aun sin hacer caso a la incapacidad de la cual gozaba dada el 19 de abril del presente año por 10 días y que no utilicé para este hecho".

Solicita, en consecuencia, se revoque el auto mediante el cual le fue denegada la impugnación extraordinaria.

Consideraciones

1. Corresponde al Procurador General de la Nación, como supremo director del Ministerio Público, por sí o por medio de sus agentes y delegados, entre otras funciones, intervenir en los procesos judiciales, cuando sea necesario para la defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, tal y como expresamente lo dispone el artículo 277.7 de la Constitución Política.

2. A su turno, de acuerdo con el art. 90 de la Ley 201 del 28 de julio de 1995, mediante la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, compete en general a los Procuradores Judiciales Penales, ejercer las funciones que el Código de Procedimiento Penal le atribuye al Ministerio Público y las demás que determine el Procurador General de la Nación, ante el Tribunal Nacional, la Sala Penal de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Regionales, Penales y Promiscuos del Circuito, de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, Sala Jurisdiccional Disciplinaria de los Consejos Seccionales de la Judicatura, las Unidades de Fiscalía y de Policía Judicial, el Tribunal Superior Militar y demás autoridades de la Justicia Penal Militar.

3. Así, corresponde entonces a los Procuradores Judiciales Penales II ante los Tribunales Superiores de Distrito, según lo preceptuado por el art. 91 *ibidem*, intervenir en aquellos asuntos de que conocen dichas Corporaciones en primera o segunda instancia, como también en los procesos de conocimiento de los Fiscales Delegados ante las referidas autoridades y en

los procesos de los cuales conocen las Salas Jurisdiccionales de los Consejos Seccionales de la Judicatura.

Pese a lo anterior, en la práctica y mientras entran a operar en todo el territorio nacional los Procuradores Judiciales Penales I ante los Juzgados Penales y Promiscuos del Circuito, los Procuradores II han tenido que continuar ejerciendo funciones ante dichas autoridades, como se viene haciendo a partir de la entrada a regir del Decreto 2700 de 1991, salvo algunas excepciones en aquellos lugares en los cuales ya entraron en funcionamiento los referidos Procuradores Judiciales I, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 201 de 1995.

4. Por eso, la intervención del Ministerio Público ante los Juzgados Penales y Promiscuos del Circuito, bien se ejerza por Procuradores Judiciales I, que debería ser lo regular, o por Procuradores Judiciales II, como medida temporal, debe necesariamente circunscribirse al ejercicio de sus funciones dentro de los límites que le son dados por la competencia atribuida a los Jueces ante quienes se actúa, incluyéndose como extremo de dichas facultades la posibilidad de recurrir por vía de apelación la sentencia e inclusive de sustentar oralmente este recurso ante el ad quem, ya que las determinaciones adoptadas por esas colegiaturas en segunda instancia, previo el reparto, forzosamente deben notificarse a los Procuradores Judiciales Penales II que en cada caso fungen ante los Tribunales Superiores de Distrito, toda vez que son éstos los únicos habilitados por el literal b) del art. 91 de la Ley 201 de 1995 para "intervenir en los procesos de que conoce en primera y segunda instancia la Sala Penal del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial" y, por ende, quienes en representación del Ministerio Público podrían recurrir extraordinariamente las sentencias.

5. De este modo se mantiene incólume la representación del Ministerio Público dentro de los procesos penales, cuya presencia resulta constitucionalmente imperativa en la protección de las garantías fundamentales y el orden jurídico, debiéndose tener en cuenta que por la naturaleza que le es propia a la Procuraduría como órgano de control, esta intervención es escalonada, como que no comporta una directa sujeción a un proceso en particular y mucho menos una responsabilidad hasta su culminación, en la medida en que ella depende de la autoridad y momento en que se produce su intervención procesal, sin que desde luego pueda confundirse la parte como sujeto procesal que es representada, con el individuo que en cada caso desempeña este rol, es decir, que la representación está antes y por encima de la persona que encarna su ejercicio.

6. En el caso presente, es evidente que el Procurador Judicial Penal doctor Cabrera Méndez impugnó como representante del Ministerio Público ante dicha autoridad, la sentencia proferida el 22 de octubre de 1997 por el Juzgado 29 Penal del Circuito de esta ciudad, sustentando oralmente la apelación ante el Tribunal Superior.

Sin embargo, acertadamente por demás, el fallo de segunda instancia dictado el 13 de marzo del año en curso, fue notificado personalmente, previo el reparto de rigor, a la Procuradora Judicial Penal ante el Tribunal Superior doctora Aura Elsa Perico Camargo el día 17 y a los demás sujetos procesales por edicto fijado el 19 de marzo posterior, tal y como se procede normalmente en estos casos y no como con inquietante suspicacia afirma el ahora recurrente de hecho, ignorar si esto se hizo así "por error".

Y, aun cuando en verdad no obstante ya haber sido notificada la sentencia a quien representaba al Ministerio Público ante el Tribunal, se produjo una nueva (aparente) notificación personal al doctor Cabrera Méndez, es claro que la misma por ser naturalmente innecesaria deviene en irrelevante e incapaz de generar ningún efecto condicionante sobre los términos para impugnar dicha decisión, máxime cuando, como se ha expuesto, en el presente caso quien estaba habilitada para interponer tal recurso era la Procuradora Judicial ante esa instancia. En su lugar, lo que sí resulta censurable, es que el aquí recurrente haya consentido notificarse de la sentencia, no obstante que por percepción directa forzosamente tuvo que advertir que ya se había enterado de esta determinación al Procurador Judicial correspondiente, siendo el único habilitado para eventualmente recurrir en casación dicho fallo.

Así las cosas, e independientemente de la extraordinaria diligencia mostrada en el cumplimiento de sus deberes por el doctor Cabrera Méndez, incluso a riesgo de su salud, pues pese a haber sido incapacitado el 19 de abril por el término de 10 días, hizo caso omiso a esa determinación médica para presentarse ante el Tribunal a interponer el recurso de casación el día 23 posterior, de acuerdo con lo anteriormente precisado, es evidente que para dicho momento ya la sentencia se encontraba formalmente ejecutoriada, lo que hacía necesariamente extemporánea la impugnación.

Significa lo anterior, que la pretensión del recurrente debe ser denegada.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

DENIÉGASE, por improcedente, el recurso de hecho interpuesto contra el auto del 6 de mayo del presente año mediante el cual el Tribunal Superior de esta ciudad negó por extemporáneo el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia proferida el 13 de marzo anterior.

Cópiese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar

Lombana Trujillo. Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA

La suspensión de la detención preventiva o de la ejecución de la pena, implica como hecho condición que el procesado o condenado se encuentre privado efectivamente de su libertad, situación que ha de cumplirse en el asunto en el cual pide el reconocimiento del referido derecho. La razón es obvia, pues no se puede adoptar determinaciones referentes a la libertad física de quien no la padece o se encuentra a disposición de otro asunto.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 11139

Aprobado Acta No. 126.

Asunto

Se pronuncia la Corte sobre la petición de suspensión de la detención preventiva elevada por el defensor del procesado Guillermo Enrique Rodriguez.

Consideraciones de la Corte

El Juzgado 55 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia de 3 de abril de 1995, condenó a Guillermo Enrique Rodriguez a la pena de 60 meses de prisión por los delitos de falsedad material de particular en documento público, fraude a resolución judicial, fraude procesal y estafa, en concurso, sanción principal que fuera modificada por el Tribunal Superior de esta ciudad en fallo de 6 de julio siguiente, al fijarla en 46 meses en la medida que absolvió al implicado por el fraude a resolución judicial, providencia que ahora es materia del recurso extraordinario de casación interpuesto por su defensor.

Guillermo Enrique Rodriguez nunca ha estado privado de su libertad por razón de este proceso, asunto en el cual si bien tiene orden de captura vigente, actualmente se encuentra detenido a disposición de la Unidad de

Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca en el expediente número 9958 por hechos distintos (fol. 38 cdno. Corte).

El defensor del implicado pide a la Corte que en razón a que su representado "fue puesto a disposición" de esta corporación, suspenda la privación de la libertad que padece, por dos razones: la primera, por cuanto Guillermo Enrique Rodríguez tiene 75 años de edad, aspecto que acredita con copia de la partida eclesiástica de bautismo expedida por la Parroquia "La Catedral" de Zipaquirá, y la segunda, debido a que padece delicados quebrantos de salud, circunstancias que lo colocan dentro de los parámetros previstos en el artículo 407 del Código de Procedimiento Penal (fol. 17 ib.).

Establece la disposición acabada de citar, que la privación de la detención preventiva o de la ejecución de la pena (art. 507 ib.), se suspenderá en una de las siguientes hipótesis: a) cuando el procesado fuere mayor de 65 años, siempre que su personalidad y la naturaleza o modalidad del hecho punible hagan aconsejable la medida; b) cuando a la sindicada le falten menos de dos meses para el parto o si no han transcurrido 6 meses desde la fecha en que dio a luz; y c) cuando el sindicado sufriere grave enfermedad, previo dictamen de los médicos oficiales o médico particular ratificado bajo juramento.

La suspensión de la detención preventiva o de la ejecución de la pena, implica como hecho condición que el procesado o condenado se encuentre privado efectivamente de su libertad, situación que ha de cumplirse en el asunto en el cual pide el reconocimiento del referido derecho. La razón es obvia, pues no se puede adoptar determinaciones referentes a la libertad física de quien no la padece o se encuentra a disposición de otro asunto, como sucede en el caso examinado, donde no se observa que Guillermo Enrique Rodríguez haya sido colocado en detención por cuenta de este proceso, según equivocadamente invoca el defensor. El estudio de fondo sobre la petición propuesta resultaría procedente en el caso que Rodríguez fuera dejado a disposición de este asunto.

Al fallar el supuesto de hecho previsto en el artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, la Corte se abstendrá de resolver la suspensión de la detención preventiva elevada por el defensor del procesado Rodríguez.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

ABSTENERSE de emitir pronunciamiento de fondo sobre la suspensión de la detención preventiva solicitada por el defensor del procesado Guillermo Enrique Rodríguez, por las razones aducidas en precedencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD CONDICIONAL

El instituto de la libertad condicional, se encuentra actualmente doblemente regulado por lo dispuesto en el artículo 72 del C.P. y el artículo 1° de la Ley 415 de 1997, que introdujo al estatuto sustantivo el artículo 72 A, en el cual se establece que, "Con excepción de los delitos de: enriquecimiento ilícito; homicidio agravado o lesiones personales agravadas por virtud de las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993; secuestro, extorsión; hurto calificado; los delitos dolosos previstos en la Ley 30 de 1986; los delitos previstos en el Decreto-ley 2266 de 1991, excepto los de porte ilegal de armas para la defensa personal, interceptación de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y amenazas personales o familiares; los delitos preVistos en la Ley 190 de 1995, excepto el cohecho por dar u ofrecer, prevaricato y utilización indebida de información privilegiada; los delitos previstos en la Ley 360 de 1997 y en la Ley 365 de 1997; y los delitos conexos con todos los antertores, los cuales continuarán bajo el régimen del artículo 72 del Código Penal, para los demás delitos el beneficio de libertad se concederá de la siguiente manera: El juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la condena, siempre que haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario. Parágrafo. Salvo que exista orden de captura vigente en su contra, no podrá negarse el beneficio de libertad condicional atendiendo a los Antecedentes penales o a circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia para dosificar la pena o negar la condena de ejecución condicional".

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D.C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 14561

Aprobado Acta No. 127

VISTOS

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por la defensora de Guillermo Arturo Gutierrez Clavijo, contra el auto proferido el 29 de julio pasado, por medio del cual se le negó a dicho procesado la libertad provisional.

EL RECURSO

La protesta contra la decisión impugnada se basa doblemente en la precisión que hiciera la Sala en el sentido de que por tratarse en este caso de uno de los delitos previstos en la Ley 360 de 1997, la libertad provisional reclamada debia regirse por lo dispuesto en el artículo 72 del C.P. y 415.2 del C.P.P. y, sobre la conclusión negativa sobre la valoración del aspecto subjetivo, con sustento en la cual se negó dicho subrogado.

Así, expone la recurrente sobre lo primero que los hechos por los cuales se condenó al procesado, esto es, trata de personas, ocurrieron antes de que entrara en vigencia la Ley 360 de 1.977, "la cual consagró la prohibición expresa de excarcelar a sus infractores", debiéndose en consecuencia tener en cuenta el principio de favorabilidad que igualmente rige para los condenados, no aplicando lo dispuesto en la precitada ley por ser más perjudicial a los intereses de quien representa.

En segundo lugar, hace algunos razonamientos sobre los principios de la pena en el Estado social de derecho y reproduce una antigua jurisprudencia sobre la naturaleza y alcances del artículo 72 del C.P.P., afirmando a partir de allí, que en el caso presente se reúnen a satisfacción todas sus exigencias, pues Gutiérrez Clavijo no ha sido condenado con anterioridad, es decir, que no registra antecedentes penales, que igualmente obran en le proceso constancias de las entidades donde laboró y por ello no está de acuerdo con que el auto recurrido se sostenga que se dedicaba a actividades ilicitas y además, ha purgado más de las dos terceras partes de la pena impuesta "y ello implica un sufrimiento que no puede desconocer la Sala, con el pretexto de que la pena es corta por que (sic) implicaría entonces que la resocialización en este caso, depende, no del trabajo del conde nado y su aspiración de reivindicarse con la sociedad y su familia, sino por un previsto término contado en años de duración". Y además, los centros de reclusión en donde ha permanecido privado de la libertad el procesado, han certificado favorablemente sobre la concesión de su libertad por intermedio de sus consejos de disciplina, calificando su conducta de buena y ejemplar.

Anexa para tal efecto, original de un acta sobre la calificación del trabajo desarrollado por el interno, copia de la cartilla biográfica y de un titulo judicial por valor de $50.000, correspondiente a la pena principal de multa.

Solicita entonces, se revoque el auto recurrido, concediéndose la libertad provisional a Gutierrez Clavijo.

CONSIDERACIONES

1°. A juzgar por los cuestionamientos que hace la defensora de Gutiérrez Clavijo respecto de la precisión que hiciera la Sala en auto recurrido en el sentido de que "por tratarse de uno de los delitos a que se refiere la Ley 360 de 1997, procede el estudio de la libertad provisional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 415 del C.P.P. y 72 del C.P.", es evidente su confusión interpretativa y conceptual sobre la normatividad vigenete y aplicable a este subrogado penal, pues equivocadamente entendió la defensora que dicha referencia se hacía para aplicar desfavorablemente la ley 360 de 1997, que según ella, prohíbe expresamente la libertad condicional.

2°. Tamaña confusión amerita entonces las siguientes precisiones:

a) El instituto de la libertad condicional, se encuentra actualmente doblemente regualdo por lo dispuesto en el artículo 72 del C.P. y el artículo 1° de la Ley 415 de 1997, que introdujo al estatuto sustantivo el artículo 72 A, en el cual se establece que, "Con excepción de los delitos de: Enriquecimiento ilícito; homicidio agravado o lesiones personales agravadas por virtud de las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993; secuestro, extorsión; hurto calificado; los delitos dolosos previstos en la Ley 30 de 1.986; los delitos previstos en el Decreto-ley 2266 de 1991, excepto los de porte ilegal de armas para la defensa personal, interceptación de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y amenazas personales o familiares; los delitos previstos en la Ley 190 de 1995, excepto el cohecho por dar u ofrecer, prevaricato y utilización indebida de información privilegiada; los delitos previstos en la Ley 360 de 1997 y en la Ley 365 de 1997; y los delitos conexos con todos los anteriores, los cuales continuarán bajo el régimen del artículo 72 del Código Penal, para los demás delitos el beneficio de libertad se concederá de la siguiente manera: EL juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas 3/5 partes de la condena, siempre que haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario..., parágrafo. Salvo que exista orden de captura vigente en su contra, no podrá negarse el beneficio de libertad condicional atendiendo a los antecedentes penales o a circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia para dosificar la pena o negar la condena de ejecución condicional".

Significa entonces lo anterior, que la precisión hecha por la Sala en el auto recurrido, únicamente tenía como finalidad, y así se expresó textualmente, dejar en claro que la libertad provisional se resolvería con sustento en lo dispuesto en el artículo 72 del C.P.P. y 415.2 del C.P.P., lo cual significa que los requisitos a tener en cuenta serían los allí contenidos, esto es,

haber descontado las dos terceras partes de la pena impuesta y todos aquellos subjetivos a que se refiere la norma, los cuales, difieren ostensiblemente de los previstos en la Ley 415 de 1997, que excluyó del tratamiento allí previsto, entre otros, a los delitos a que se refiere la Ley 360 de 1997 sin que ello signifique referencia diferente a la denominación del nomen juris de las conductas que debían continuar rigiéndose, para efectos de la libertad condicional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 del C.P.

a) En manera alguna se hizo alusión a que la mencionada Ley 360 de 1997 negara expresamente la libertad condicional o provisional para los efectos que aquí interesan, ya que no fue ese argumento para resolver negativamente la solicitud de excarcelación, y además, una tal apreciación, como la hace la recurrente, no es acertada si se tiene en cuenta que si bien el artículo 17 de la mencionada normatividad por medio del cual se modificó el artículo 417 del C.P.P., aumentó el número de delitos respecto de los cuales no procede la libertad provisional con fundamento en el numeral 1°. del artículo 415 *ibidem*, incluyendo efectivamente el de trata de personas (por el cual fue condenado este procesado), ello no quiere decir que tal prohibición se extienda a las demás causales, como es apenas obvio.

Es claro entonces, que las razones de la impugnante en este aspecto, resultan más que inconsultas y superficiales, pues en este asunto, y con mayor razón encontrándose el proceso en sede de casación, la libertad solicitada se hizo, como correspondía, con fundamento en la causal 2° del artículo 415 del C.P.P., esto es, por pena cumplida real o presuntamente, pues la misma norma remite a los requisitos previstos para la libertad condicional para la decisión correspondiente, como en efecto así se procedió.

En conclusión, no se trata aquí de un asunto de vigencia de la ley, que implique por ende razonamientos sobre el principio de favorabilidad, al cual tampoco le ve la Sala razón de ser en su planteamiento.

2°. En lo que concierne a las glosas de la recurrente sobre la insistencia en afirmar que Gutiérrez Clavijo sí reúne a cabalidad los requisitos a que se contrae el artículo 72 del C.P. y por esa misma razón debe concedérsele la libertad deprecada, debe agregar la Sala, no encuentra la Sala argumento válido alguno que obligue a modificar el criterio allí plasmado, pues si bien el procesado ha descontado más de las dos terceras partes de la sanción impuesta en los fallos de instancia, es claro que la valoración de aspectos tales como el comportamiento observado durante el tiempo de privación de la libertad y la ausencia de antecedentes judiciales, no son suficientes para beneficiarse con tal subrogado, pues la labor de diagnóstico y pronóstico comprende además, el de la personalidad y los antecedentes de todo orden, que a diferencia de los judiciales, son aque-

llos que evalúa el Juez con base en la información del proceso mismo y que en este caso resultan negativos para el condenado, de quien se sabe, participaba en una empresa criminal con alcances en el exterior, pues se dedicaba al reclutamiento de jóvenes, a las que con el pretexto de incursionarlas en el modelaje, enviaba al extranjero a ejercer la prostitución.

No se repondrá pues el auto impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

No reponer el auto del 29 de julio del año en curso, por medio del cual se le negó la libertad provisional al procesado Guillermo Arturo Gutiérrez Clavijo.

Notifíquese y cúmplase

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACTO PROCESAL-Oportunidad

La oportunidad de un acto procesal evoca no solo al tiempo, sino al modo de su producción, de manera que para que tenga eficacia, ha de ser efectuado de la manera exigida por la ley, dentro del término respectivo. Estos presupuestos de tiempo y de modo pertinentes, los impone la necesidad del orden en la conjugación de los diversos estadios procesales, dando así seguridad a los intervinientes, que sabrán a que atenerse en el desenvolvimiento del debate, sin estar expuestos a incidencias sorpresivas, al tiempo que garantiza la efectividad de los actos y las decisiones de los jueces, al igual que la economía procesal.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 12664

Aprobado Acta No. 127.

ASUNTO

La defensora de la Procesada Martha Cecilia Botero Torres pide a la Corte "REPONER y por lo tanto REVOCAR" la providencia de 8 de julio del año en curso, por medio de la cual se negó la libertad provisional apoyada en el numeral segundo del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° En auto de fecha 8 de julio del año en curso, la Sala al resolver petición de libertad formulada por la defensora de la acusada Martha Cecilia Botero Torres, y por ésta, negó la excarcelación reclamada al considerar que si bien cumple con las dos terceras partes de la sanción que le fuera impuesta por la infracción al inciso 1° del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, con la circunstancia de agravación específica prevista en el 38.3 *ibidem*, no ocurre lo propio con las exigencias de naturaleza subjetiva a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, debiendo por tanto cumplir

con la sanción de 108 meses de prisión fijada en la sentencia de segundo grado, toda vez que:

"En este caso, de acuerdo con los fallos de instancia, la señora Martha Cecilia Botero Torres fue aprehendida cuando pretendió huir de allanamiento realizado en la finca "La Felicia" o "Villa Yessica", ubicada en el municipio de Cerrito, Valle, lugar donde no sólo funcionaba un producción laboratorio para el procesamiento de sustancias estupefaciente, sino que además, se halló 10.117 gramos de cocaína. A más del grave impacto social que este tipo de delito genera y de las muy nocivas consecuencias de tan censurable tráfico contra diversos bienes jurídicos, es claro que este deventr refleja una organizada actividad delictiva dedicada a la comercialización de estupefacientes, con egoista propósito de obtener ingresos fáciles, que no un comportamiento ocasional.

Así las cosas, no se cumplen, entonces y con fundamento en lo dicho, las exigencias que la ley prescribe para que en el caso analizado se pueda conceder la libertad provisional reclamada, siendo imperativo que en la situación específica de la procesada Martha Cecilia Botero Torres, cumpla con la totalidad de la pena impuesta en los fallos de instancia".

2° La anterior providencia fue notificada personalmente a la incriminada Botero Torres, al representante del Ministerio Público y por anotación en estado de fecha 29 de julio del presente año.

Habiendo causado ejecutoria, el 24 de agosto siguiente la defensora de la implicada pide a la Corte "REPONER" el auto de 8 de julio, y en su lugar "REVOCARLO", concediendo la libertad provisional de aquélla, pues en su opinión sí se dan los presupuestos establecidos en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal y 72 del Código Penal, sin que sea dable acudir a la gravedad del delito, según pronunciamiento de esta corporación en el caso de Eduardo Alberto Cano Rincón que soporta en un comunicado de prensa.

3° El planteamiento de la defensora que pregona reponer en el sentido de revocar la providencia que negó la liberación provisional, traduce la interposición tardía del recurso de reposición, en consideración a que como quedó visto, el auto de fecha 8 de julio alcanzó ejecutoria, sin que en la oportunidad prevista por la ley se hubiera interpuesto y sustentado el citado medio de impugnación que tiene por finalidad obtener que la decisión judicial se modifique, revoque o aclare.

La oportunidad de un acto procesal evoca no sólo al tiempo, sino al modo de su producción, de manera que para que tenga eficacia, ha de ser efectuado de la manera exigida por la ley, dentro del término respectivo. Estos presupuestos de tiempo y de modo pertinentes, los impone la necesidad del orden en la conjugación de los diversos estadios procesales, dando así seguridad a los intervinientes, que sabrán a que atenerse en el desen-

volvimiento del debate, sin estar expuestos a incidencias sorpresivas, al tiempo que garantiza la efectividad de los actos y las decisiones de los jueces, al igual que la economía procesal.

Como quiera que la defensora opone su personal criterio sobre el fijado en la providencia que negó la excarcelación a la procesada, apreciación que la lleva a pedir que se reponga en el sentido de revocarla, tuvo la posibilidad de interponer y sustentar en tiempo la reposición, recurso que utiliza ahora de manera extemporánea, motivo suficiente para que la Sala se abstenga de estudiar su pretensión.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

ABSTENERSE de emitir pronunciamiento de fondo sobre la petición elevada por la defensora de la procesada Martha Cecilia Botero Torres, por los motivos expuestos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SENTENCIA/ REPOSICION-Procedencia

La normatividad nacional señala en el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal la irreformabilidad e irrevocabilidad de la sentencia por parte del mismo Juez o Sala de decisión que la hubiere dictado.

La norma citada no hace más que reconocer el carácter definitivo, para el Juez o Sala que lo profirió, del acto procesal denominado sentencia, en cuanto emitido con apego a la Constitución y a la ley, expresa una forma concreta de solución de un problema jurídico, que a partir de tal momento es intangible para ese funcionario.

Establecido que la sentencia es un acto procesal irreformable e irrevocable por el Juez o Sala de Decisión que la dictó, resulta entonces evidente la improcedencia del recurso de reposición contra una decisión que por decidir de manera definitiva sobre el objeto del proceso se define como sentencia.

El recurso de reposición que está contemplado en el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal procede únicamente "contra las providencias de sustanciación que deban notificarse y contra las interlocutorias de primera o única instancia", evidencia normativa que excluye las sentencias como actos procesales susceptibles de tal forma de impugnación.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Proceso No. 6989

Aprobado Acta Nº 127

VISTOS

Resuelve la Sala lo que en derecho corresponda respecto del recurso de reposición interpuesto por el condenado y su defensor en contra de la sentencia del 22 de julio de 1998, por medio de la cual se condenó al doctor Augusto Cicerón Mosquera Córdoba a la pena principal de 44 meses de

prisión como determinador del delito de falsedad material de empleado oficial en documento público.

ANTECEDENTES

1. La Sala mediante sentencia del 22 de julio de 1998 condenó al doctor Augusto Cicerón Mosquera, por el delito que atrás se relaciona.

2. Notificada la sentencia conforme a la normatividad legal, el condenado y su defensor interpusieron recurso de reposición.

3. Los impugnantes fundamentan la impugnación en presuntas violaciones constitucionales y legales que en su sentir originaron afectación al derecho a la defensa y por ende al debido proceso.

CONSIDERACIONES

1. Las decisiones judiciales que "deciden sobre el objeto del proceso", son, de acuerdo a la definición del artículo 179 del Código de Procedimiento Penal: Sentencias.

2. La naturaleza jurídica de tales actos, es la de adoptar decisiones de carácter definitivo con respecto al objeto del proceso, condición que genera, conforme a la respectiva reglamentación legal, situación de cosa juzgada respecto de los hechos que se hayan definido como objeto procesal de la decisión.

3. El carácter definitivo de la decisión es de carácter absoluto con respecto al Juez que la dictó y relativo, desde la perspectiva de los sujetos procesales, siempre y cuando la naturaleza jurídica del asunto sea de aquellas que preven recursos, ordinarios o extraordinarios, en su contra, pues en tal caso la mutabilidad de la sentencia queda reservada a la autoridad que ejerza la superioridad funcional sobre aquel que la dictó.

4. La normatividad nacional señala en el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal la irreformabilidad e irrevocabilidad de la sentencia por parte del mismo Juez o Sala de decisión que la hubiere dictado.

La norma citada no hace más que reconocer el carácter definitivo, para el Juez o Sala que lo profirió, del acto procesal denominado sentencia, en cuanto emitido con apego a la constitución y a la ley, expresa una forma concreta de solución de un problema jurídico, que a partir de tal momento es intangible para ese funcionario.

5. Establecido que la sentencia es un acto procesal irreformable e irrevocable por el Juez o Sala de Decisión que la dictó, resulta entonces evidente la improcedencia del recurso de reposición contra una decisión que por decidir de manera definitiva sobre el objeto del proceso se define como sentencia.

El recurso de reposición que está contemplado en el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal procede únicamente "contra las providencias de sustanciación que deban notificarse y contra las interlocutorias de primera o única instancia", evidencia normativa que excluye las sentencias como actos procesales susceptibles de tal forma de impugnación.

6. Aparte de ello, aun en ausencia de tal norma el recurso de reposición resulta igualmente improcedente en contra de las sentencias, dado el carácter definitivo de esas decisiones y su irreformabilidad por parte del Juez o Sala de Decisión que la dictó, pues el recurso de reposición, tal como lo define el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil, tiene por fin el que la decisión "se revoque o reforme", opciones jurídicas que al devenir de un recurso horizontal, por ser el mismo funcionario que profirió la decisión el llamado a resolverlo, tórnase inaceptable - también por esta vía - por evidente enfrentamiento con la norma procesal que prohibe expresamente al Juez, único o colegiado, revocar o reformar su propia sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

Declarar improcedente el recurso de reposición interpuesto por el condenado Augusto Cicerón Mosquera Córdoba y su defensor, en contra de la sentencia del 22 de julio de 1998, proferida por esta Sala.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ ERROR DE DERECHO/ FALSO JUICIO DE LEGALIDAD

El sistema del recurso de casación en Colombia prevé una causal específica para atacar las sentencias por supuesta ilegalidad de los medios de convicción, cuando dice que hay lugar al recurso por violación de una norma de derecho sustancial, bien sea merced a una agresión directa ora por haber mediado una apreciación errónea de determinada prueba (causal 1ª). Es lo que la doctrina jurisprudencial ha denominado violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho como falso juicio de legalidad.

La aplicación de esta causal primera, por vía indirecta, no puede depender de la contingencia del número de pruebas presuntamente afectadas por la ilegalidad, o de que las que contienen el vicio sean real o virtualmente el único fundamento de la sentencia cuestionada. Lo importante es que esta vía específica, por referirse al manejo del caudal probatorio, contiene una regulación más completa de los hechos anómalos que realmente ocurren en el proceso.

En efecto, la prueba no es un fin en sí misma sino un medio regulado por la ley, sometido siempre al criterio del funcionario judicial, a través del cual se busca la certeza sobre los hechos con apariencia delictiva y la responsabilidad del procesado. Por tal razón, el Código de Procedimiento Penal habla de "pruebas que conduzcan a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado"; se refiere al rechazo de las pruebas "que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso"; y alude a que las pruebas serán apreciadas en conjunto por el funcionario judicial, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, mediante una exposición razonada del mérito que le asigne a cada medio de convicción (arts. 247, 250 y 254. Se ha resaltado).

De modo que si la prueba está destinada a ser apreciada en una determinada decisión judicial, en el caso que pueda alegarse seriamente una anomalía en su formación, validez o eficacia, la irregularidad sólo sería completa cuando se le estima por el funcionario como fundamen-

to de la respectiva determinación. Por ello, cuando apenas se alegan disfuncionalidades en la admisión, producción, asunción o valoración de la prueba, la proposición del cargo aparece incompleta, porque en realidad e integralmente se trata de un error que comienza con características de in procedendo *(regularidad del procedimiento probatorio), pero culmina como* in iudicando *(mérito de la decisión), precisamente cuando el juez o tribunal ponderan una prueba que debió desestimarse por ilegal.*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 10951

Aprobado Acta N° 127

VISTOS

Decide la Sala sobre el recurso extraordinario de casación discrecional interpuesto en contra de la sentencia fechada el 10 de febrero de 1995, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cali confirmó el fallo de primer grado proferido por el Juzgado Veintiséis Penal del Circuito de la misma ciudad. En esta decisión, el juez condenó al procesado Luis Gustavo Ramírez Hincapié, como autor de un delito previsto en el artículo 33, inciso 2° de la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes), consistente en llevar consigo sustancias que producen dependencia, y le impuso la pena principal de un (1) año de prisión y multa por valor de $ 165.020.00.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Los policiales *César Darío Gómez Carmona y Jairo Vidal Bravo*, adscritos a la Policía Metropolitana de la ciudad de Cali, informan que el día 29 de marzo de 1993, aproximadamente a las 4 de la tarde, se desplazaban en vigilancia por el sector de la carrera 5ª norte con la calle 52, cuando advirtieron que un individuo, enterado de la presencia de ellos, dejó caer una bolsa que contenía ocho (8) porciones de estupefaciente. Examinado el material decomisado, se estableció que se trataba de cocaína base, cuyo peso neto fue de 1.3 gramos.

El sorprendido se identificó como *Luis Gustavo Ramírez Hincapié* y se determinó que era requerido por el delito de hurto, según orden de captura antes expedida por el Juzgado Sexto de Instrucción Criminal de la misma ciudad.

La Fiscal Coordinadora de la Unidad de Ley 30/86 y Varios dictó la resolución fechada el 30 de marzo de 1993, por medio de la cual ordenó a

la Secretaría Común que se ratificara bajo juramento lo actuado por el agente *Jairo Vidal Bravo*, quién a la vez debía informar sobre las circunstancias de la captura del imputado, hecho lo cual las diligencias regresarían al despacho de la funcionaria (fol. 2). El testimonio así ordenado fue recibido por un profesional universitario vinculado a la dependencia destinataria de la orden (fols. 4 y 5).

Por medio de otra resolución expedida en la misma fecha, la Fiscal Sesenta y Ocho de la Unidad competente dispuso la apertura de instrucción y ordenó algunas pruebas y diligencias, entre las que incluye la ratificación y ampliación del informe rendido por el uniformado *César Darío Gómez Carmona* (fols. 10).

Se recibió indagatoria al imputado por la fiscal competente y la misma funcionaria resolvió su situación jurídica, por medio de providencia fecha da el 5 de abril de 1993, ordenando la detención preventiva del vinculado, con derecho a excarcelación, como autor del delito de violación a la Ley 30 de 1986 (fs. 14 y 20). En esta misma decisión, de acuerdo con el numeral 5° de la parte resolutiva, la funcionaria judicial dispuso que pasara el expediente a la Secretaría Común de la Unidad, con el fin de realizar la notificación y practicar las pruebas enunciadas a folios 10 (fol. 23).

Para cumplir la mencionada orden, el testimonio del policial *César Darío Gómez Carmona* fue recibido por un técnico judicial adscrito a la Secretaría Común (fol. 42).

Debidamente cerrada la fase investigativa del proceso, la funcionaria instructora dictó resolución de acusación en contra del procesado, según providencia suscrita el 23 de septiembre de 1993, por cuyo medio se convoca a juicio por el hecho punible antes señalado (fols. 49 y 54).

En la etapa del juicio asumió el conocimiento la Juez Veintiséis Penal del Circuito y, dentro de término previsto en el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, el Procurador 64 Judicial para Asuntos Penales solicitó la nulidad de la actuación a partir del cierre de investigación, dado que los testimonios de los agentes captores, pruebas fundamentales para determinar la responsabilidad del acusado, habían sido practicados por servidores de la Fiscalía General de la Nación que no tenían la categoría de funcionarios judiciales, y éstos son los únicos que pueden realizar las pruebas, no solo por delegación constitucional sino para darle cumplida vigencia al principio de inmediación. Una vez abierta la investigación, agrega el solicitante, la policía judicial no puede practicar pruebas por iniciativa propia ni por comisión, pues sólo se les puede solicitar a sus miembros un apoyo para acciones de impulso procesal, tales como la búsqueda de testigos o de datos que interesen al esclarecimiento de los hechos, o en diligencias para la identificación de direcciones (fols. 61 y 67).

La Juez competente negó la nulidad impetrada, por medio de auto fechado el 18 de enero de 1994, y adujo las siguientes razones:

1. Iniciada la instrucción, es indiscutible que la policía judicial no puede actuar sino por orden del fiscal delegado, actuación que además se circunscribe a pruebas técnicas (contables, balística, grafológica, etc.), pues en manera alguna la comisión puede comprender otra clase de pruebas como la testimonial.

2. Sin embargo, en el caso del profesional universitario y del técnico judicial que hacen parte de la secretaría común, es necesario entender que no se trata de una comisión deferida a miembros de la policía judicial, sino del cumplimiento de órdenes que el fiscal le imparte a componentes de la misma unidad de fiscalía. Dentro de la nueva estructura colectiva de la Fiscalía General de la Nación y el principio de unidad de actuación que la rige, las pruebas que se practican por la secretaría común son actividades asociadas a esa nueva filosofía de trabajo en equipo del ente investigador, máxime que dichas operaciones siempre estarán dirigidas y coordinadas por el respectivo fiscal delegado (fols. 71).

El Procurador interpuso recurso de apelación en contra de la providencia señalada y, por medio de auto fechado el 4 de abril, el Tribunal Superior de Cali, por mayoría de la correspondiente Sala, confirmó la decisión y ofreció la siguiente motivación:

1. Es indispensable revaluar el pensamiento sobre la actuación de la Fiscalía General de la Nación, sobre todo porque éste es un ente colectivo, que operativamente no puede reducirse a la actuación aislada de los desaparecidos jueces de instrucción criminal, y porque también normativamente se ha producido una aproximación al sistema acusatorio. Entendido que en la actividad de la Fiscalía gobiernan los principios de unidad de gestión, uniformidad de actuación y control jerárquico, vale la pena recabar que los profesionales universitarios o técnicos judiciales, como jefes de secretaría común, están autorizados no sólo para refrendar las resoluciones de trámite dictadas por los fiscales sino también para extender su actividad hasta la práctica de pruebas, dado que toda unidad de fiscalía (en cuyo cuerpo están las secretarías comunes) es dirigida por un fiscal (Decreto 2699/91; art. 20 y Resolución 64 de junio 30 de 1991).

2. De acuerdo con el numeral 2º del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, ejercen funciones permanentes de policía judicial, no sólo el Cuerpo Técnico de Investigación sino "todos los servidores públicos que integran las unidades fiscales".

3. Dentro de las facultades concedidas por comisión a la policía judicial, conforme con el artículo 82 del C. de P. P. (modificado por el artículo 12 de la Ley 81/93), está la de practicar cualquier prueba o diligencia. De modo que, el hecho de que el fiscal asuma el conocimiento de la instrucción para dirigirla, orientarla, decretar pruebas y tomar decisiones, no impide que pueda comisionar a la policía judicial o a otros funcionarios judiciales para alcanzar el cometido del proceso.

4. En el presente caso, concluye el Tribunal, las pruebas cuya nulidad se demanda fueron practicadas dentro de la órbita de una comisión otorgada por el fiscal a la secretaría común y, además, por parte alguna se nota que dicha dependencia hubiese actuado de oficio (fols. 94-108).

Cumplida la audiencia pública, la juez de conocimiento dictó sentencia el 20 de octubre de 1994, por medio de la cual condenó al acusado *Luis Gustavo Ramírez Rincón*, como autor del delito de violación al artículo 33, inciso 2° de la Ley 30 de 1986, a la pena principal de un (1) año de prisión y multa por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de los hechos. También le impuso la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por tiempo igual al previsto en la principal, y le reconoció el subrogado de la condena de ejecución condicional (fols. 186-197).

El fallo de primer grado fue apelado por el Procurador 64 en lo Judicial Penal, quien circunscribió al recurso a la reiteración de la nulidad, a partir del cierre de investigación, dado que las pruebas fundamentales para situar la responsabilidad del acusado fueron practicadas por empleados subalternos integrantes de las Unidades de Fiscalía, quienes no tienen la facultad de oficio para llevar a cabo esos medios de convicción, y no por los fiscales que son los únicos competentes para instruir los procesos.

En la sentencia del 10 de febrero de 1995, el Tribunal Superior, por mayoría de la correspondiente Sala de Decisión, negó la tesis de la nulidad, confirmó el fundamento probatorio del fallo impugnado y dejó vigentes las consecuencias dispuestas (fols. 210-228).

El Recurso de Casación

El Procurador 64 interpuso el recurso extraordinario de casación discrecional, por cuanto estima que se requiere un desarrollo jurisprudencial de la Corte sobre el tema de las facultades de la policía judicial para practicar pruebas, dentro del proceso penal, dado que existen diversas interpretaciones de los artículos 310, 312 y 313 del Código de Procedimiento Penal y del texto del artículo 12 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 82 del Estatuto Procesal.

Por medio de auto fechado el 17 de mayo de 1995, la Sala percibió que la sentencia impugnada no podía ser objeto del recurso extraordinario de casación, en los términos del inciso 1° del artículo 218, porque el máximo de pena previsto para el delito examinado era apenas de tres (3) años de prisión, pero reconoció a la vez que el tema sí daba lugar al requerimiento de la modalidad discrecional prevista en el inciso 3° de la misma disposición, debido a que la motivación del recurso ponía seriamente en cuestión la legalidad de la prueba sobre la cual se levantó el fallo de condena, por desobedecer la preceptiva del artículo 29 de la Constitución Política. Ade-

más, se vio la necesidad de que asomaran líneas jurisprudenciales sobre la legitimidad del procedimiento utilizado por la Fiscalía General de la Nación para la realización y comisión en materia de pruebas, de cara al artículo 572 del Código de Procedimiento Penal, tema que ha sido objeto de repetidas controversias y criterios discrepantes, y ello alentaba entonces una intervención de la Corte, de acuerdo con la misión que legalmente se le confía para unificar y desarrollar la jurisprudencia (art. 219 C. P. P.).

Se decidió entonces en el auto antes reseñado la admisión del recurso extraordinario instaurado por vía discrecional, a la vez que se ordenó devolver el expediente al Tribunal de origen para que se surtieran los traslados dispuestos en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal.

El actor presenta la demanda e invoca la causal tercera de casación, pues supone que la sentencia se ha dictado en un juicio viciado de nulidad. La Petición se concreta en la invalidez de lo actuado, a partir de la resolución de clausura de la investigación, inclusive, por la comprobada existencia de irregularidades que afectan el debido proceso (art. 304-2 C. P. P.), pues las únicas pruebas que supuestamente acreditaban los hechos y la responsabilidad del procesado, dos testimonios, se aportaron ilegalmente a la investigación por la policía judicial, sin competencia para hacerlo, método que las hace nulas de pleno derecho, conforme con el artículo 29 de la Constitución Política. Este hecho obliga a practicar nuevamente los testimonios de los señores *César Darío Gómez Cardona y Jairo Vidal Bravo*, agentes de la Policía Nacional, esta vez con la intervención directa del fiscal instructor.

Ofrece como fundamentación la lectura de los artículos 312 y 313 del Código de Procedimiento Penal, de cuyos textos emerge que dentro de la instrucción las pruebas sólo pueden ser practicadas por los funcionarios judiciales, fiscales o jueces, con la excepción de la prueba técnica que sí puede delegarse en la policía judicial.

Sostiene que los servidores públicos que conforman las unidades de fiscalía, profesionales universitarios y técnicos judiciales, están incluidos dentro de los funcionarios que ejercen facultades de policía judicial y, por ende, pueden ser comisionados, pero circunscritas dichas potestades a la práctica de pruebas técnicas u otra clase de diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos. De modo que, una vez iniciada la investigación, la policía judicial no puede practicar pruebas, ni de oficio ni por comisión, salvo la atinente a la modalidad de las técnicas.

Argumenta que el artículo 12 de la Ley 81 de 1993 no introdujo modificaciones sustanciales a esas facultades de la policía judicial, porque, un entendimiento de dicha norma que no sea meramente textual, indica que puede comisionarse "para la práctica de cualquier prueba o diligencia a otros funcionarios judiciales", expresión comprensiva sólo de fiscales, jueces o magistrados, que son servidores detentadores por su investidura de

la facultad plena para practicar pruebas. Pero cuando se trata de funcionarios de policía judicial, se estipula una restricción consistente en que se haga "conforme a lo dispuesto en el presente código", lo cual significa que, de acuerdo con el artículo 313, se limite la actuación a las pruebas técnicas o diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos.

Como carecen de valor esos dos testimonios recibidos ilegalmente, y ellos constituyen la única prueba de responsabilidad, porque el procesado negó los hechos, se ha generado un vacío en la instrucción. Por lo demás, el informe presentado por los dos agentes captores tampoco reúne las trazas de una certificación jurada, porque no se ajusta a las previsiones del artículo 316 del Código de Procedimiento Penal.

Así entonces, dado que no hubo una verdadera instrucción, ante la invalidez de los elementos probatorios que se aportaron al proceso, no podía cerrarse la investigación y por ello se incurrió en una irregularidad que afecta el debido proceso a partir de ese preciso momento procesal, conforme con el numeral 2° del artículo 304 del C. de P. P.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal (encargado) empieza por llamar la atención sobre un distingo entre el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía y los funcionarios de las Secretarías Comunes, pues, de conformidad con el artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, sólo los primeros cumplen funciones permanentes de policía judicial.

Atendidas las normas del Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación (Decreto 2699 de 1991) y de las Resoluciones 64 de 1992 y 2721 de 1994, las Secretarías Comunes hacen parte de la estructura básica de las Unidades de Fiscalía y, por ende, los profesionales universitarios y técnicos judiciales que las integran "no necesitan delegación ni comisión alguna para la práctica de pruebas, basta que exista en el expediente la resolución del Fiscal ordenando la práctica de pruebas para que éstos, dentro de las funciones programáticas que desarrollan como integrantes de las Secretarías Comunes, puedan practicarlas 'válidamente', tomando en consideración la organización interna y división del trabajo que se ha consagrado en las Unidades de Fiscalía".

La comisión sólo se requiere cuando se ha de confiar la práctica de pruebas a organismos que cumplen funciones de policía judicial, entre los que se incluye el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, entidad que también cuenta en su personal a profesionales universitarios y técnicos judiciales.

Sin embargo, acota el Procurador Delegado, varias disposiciones del Estatuto Procesal Penal señalan que la instrucción y las pruebas solo pueden realizarse por el funcionario judicial, expresión ésta que legalmente se circunscribe al fiscal o el juez (arts. 248, 249, 254, 256, 257, 258 y 572).

De modo que, independientemente de las facultades que se otorguen a los empleados de la Secretaría Común para la práctica de pruebas, ellos no podrán sustituir al fiscal en el recaudo global de los medios de convicción, ni en la toma del juramento, en tratándose de la prueba testimonial.

Ahora bien, como el informe policial tampoco reunió el condicionamiento formal en su presentación, no es posible poner a salvo la sentencia atacada. Esta carece entonces de cualquier elemento fundante de sus conclusiones y por ello el Procurador Delegado avala la petición de declaratoria de nulidad, a partir del cierre de investigación, sentido en el cual propone que se case la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La censura se refiere a la supuesta ilegalidad de los testimonios rendidos por los policiales *Jairo Vidal Bravo y César Darío Gómez Carmona*, realizadores del procedimiento en el cual fue incautada la droga al procesado *Luis Gustavo Ramírez Hincapié*. Como estos son los dos únicos medios probatorios que señalan la autoría y fundamentan la responsabilidad del acusado, se le ocurrió al recurrente que la vía adecuada para demandar en casación era la referida al juicio viciado de nulidad (causal 3ª), porque si está en vilo el exclusivo sustento probatorio del fallo, no puede decirse que hubo una verdadera instrucción y entonces era imposible ordenar el cierre de investigación.

El Procurador Delegado comparte el mismo criterio de elección de la causal, cuando recomienda que se case el fallo demandado y se anule la actuación a partir del cierre de investigación, "en la medida que la sentencia encontraríase vacía de cualquier elemento prendario de sus conclusiones".

Sin embargo, el sistema del recurso de casación en Colombia prevé una causal específica para atacar las sentencias por supuesta ilegalidad de los medios de convicción, cuando dice que hay lugar al recurso por violación de una norma de derecho sustancial, bien sea merced a una agresión directa ora por haber mediado una apreciación errónea de determinada prueba (causal 1ª). Es lo que la doctrina jurisprudencial ha denominado *violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho como falso juicio de legalidad*.

La aplicación de esta causal primera, por vía indirecta, no puede depender de la contingencia del número de pruebas presuntamente afectadas por la ilegalidad, o de que las que contienen el vicio sean real o virtualmente el único fundamento de la sentencia cuestionada. Lo importante es que esta vía específica, por referirse al manejo del caudal probatorio, contiene una regulación más completa de los hechos anómalos que realmente ocurren en el proceso.

En efecto, la prueba no es un fin en sí misma sino un medio regulado por la ley, sometido siempre al criterio del funcionario judicial, a través del cual se busca la certeza sobre los hechos con apariencia delictiva y la responsabilidad del procesado. Por tal razón, el Código de Procedimiento Penal habla de "pruebas *que conduzcan* a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado"; se refiere al rechazo de las pruebas "que *no conduzcan* a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso"; y alude a que las pruebas serán apreciadas en conjunto por el funcionario judicial, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, mediante una exposición razonada del mérito que le asigne a cada medio de convicción (arts. 247, 250 y 254. Se ha resaltado).

De modo que si la prueba está destinada a ser apreciada en una determinada decisión judicial, en el caso que pueda alegarse seriamente una anomalía en su formación, validez o eficacia, la irregularidad sólo sería completa cuando se le estima por el funcionario como fundamento de la respectiva determinación. Por ello, cuando apenas se alegan disfuncionalidades en la admisión, producción, asunción o valoración de la prueba, la proposición del cargo aparece incompleta, porque en realidad e integralmente se trata de un error que comienza con características de *in procedendo* (regularidad del procedimiento probatorio), pero culmina como *in iudicando* (mérito de la decisión), precisamente cuando el juez o tribunal ponderan una prueba que debió desestimarse por ilegal.

Si lo que se pretende en este caso es realzar la violación de una condición de validez o existencia de la prueba testimonial, en el sentido de que fue practicada por un funcionario que no tiene la calidad de sujeto de la actividad probatoria, indudablemente que el ataque debió orientarse por el error de derecho como falso juicio de legalidad.

La escogencia de este camino es más clamorosa hoy frente a la previsión del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, de acuerdo con el cual "*es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso*". Esta norma ha lugar a que, cuando se violan las formalidades sustanciales de cada medio probatorio o éstos se practican con detrimento de los derechos fundamentales, la sanción es la inexistencia de la prueba y no la nulidad de la actuación procesal. Es decir, sin necesidad de invalidar todo o parte del proceso, el funcionario simplemente deja de apreciar estas pruebas irregulares en orden a fundar la decisión judicial, y el sentido de ésta queda expuesto a la solvencia del material probatorio restante (si es que queda) para condenar o absolver.

Así entonces, si para el caso examinado fuera procedente excluir como fundamento de la sentencia los dos únicos testimonios de cargo, la solución no podría ser la nulidad sino que se llegaría a la conclusión de que no existe prueba para condenar y, consecuentemente, el fallo debería ser absolutorio porque, además, queda incólume la presunción de inocencia (C.

P. P., arts. 246, 247 y 446, inciso 1°). Dentro de la metodología del recurso extraordinario, acorde con el artículo 229-1 del estatuto citado, el actor debió solicitar la sentencia de reemplazo (absolución), después de demostrar que se aplicó indebidamente el artículo 33, inciso 2° de la Ley 30 de 1986.

El tema ha sido expuesto de manera precisa y pedagógica por la Sala en sentencia de casación del 30 de enero de 1990, cuya ponencia correspondió al desaparecido magistrado *Lisandro Martínez Zúñiga*, y que en lo pertinente refiere:

"El único cargo planteado contra la sentencia por los impugnantes, consistente en haber sido proferida en proceso viciado de nulidad por preterm isión de las formas propias del juicio y desconocimiento del derecho de defensa, en razón a que se practicaron pruebas en actividad de Policía Judicial por funcionario incompetente y sin la observancia de las formalidades para su legal producción, resulta para la Corte equivocadamente propuesto.

"En la extensa y melódica evolución jurisprudencial en torno a las llamadas nulidades supralegales o constitucionales, hoy recogidas en la amplitud de los motivos de invalidación de que se ocupa el Código de Procedimiento Penal -art. 305- (304 del nuevo C. P. P.), se ha precisado el alcance de los vicios que quitan validez a la actividad procesal, generando su anulación.

"Conforme con tal precisión, resulta inapropiado confundir las formas propias del juicio con los grados probatorios. Las primeras, dicen relación la gama de garantías reconocidas constitucional e internacionalmente en favor del ciudadano para preservarle del arbitrio en la actividad del Estado cuando se ve sometido a la función punitiva. En cambio, los errores relacionados con los grados probatorios se fundan en la apreciación de un medio producido con desconocimiento de las exigencias para su propia validez, el cual –por contener una ilegalidad intrínseca– no debe ser estimado. Hacerlo, entraña vicio de juicio o error in iudicando.

"Alegar en casación uno u otro evento, demanda del impugnante la utilización de diferente vía en su proposición y desarrollo, sin que la alegación correspondiente a un asunto pueda utilizarse para el otro, conforme a la naturaleza y técnica del recurso que impone desarrollar el ataque a la sentencia dentro del ámbito de la causal correspondiente.

"Estos principios básicos aparecen desconocidos en las demandas, evidenciando falta de técnica. En efecto, el cargo a que hacen referencia por concretarse a la consideración de pruebas ilegalmente producidas, ha debido ser propuesto al amparo de la violación indirecta de la ley sustancial y orientado a la demostración de la existencia de errores de derecho en la apreciación de las pruebas y no, como allí se hace, dentro de la causal de nulidad.

"Lo anterior, porque la ilegalidad de la prueba por desconocimiento de sus propios ritos de formación, una vez admitida, encuentra como sanción proce-

sal, no tenerla en cuenta en el momento de la apreciación. Luego el vicio que tal situación comporta, radica en estricto, en el sentenciador cuando toma en cuenta un medio para valorarlo, debiendo desestimarlo. De ahí por qué se le ubique dentro de los vicios de juicio o errores in judicando, *por oposición al vicio de actividad o error* in procedendo, *fundamento de la nulidad, como antes de expuso.*

"Y si esto es así, constituye violación indirecta a la ley sustancial por error de derecho en la apreciación de las pruebas y así debe ser propuesto. Entre otras razones para que, como consecuencia del recurso, pueda la Corte dictar el fallo de reemplazo, prescindiendo de apreciar los medios ilegalmente producidos y tenidos en cuenta en la sentencia acusada. Esta ha sido, precisamente, la postura sostenida por la Sala respecto al punto. Así, por ejemplo, se reitera en la decisión que con fundamento en el estudio del Magistrado Saavedra Rojas adoptó el 6 de mayo de 1988 y que cita el Procurador en su concepto.

"Una posibilidad diversa, como sería la nulidad de la actuación, tal y como es propuesta en las demandas, es improcedente. No sólo por las razones que vienen de ser expuestas, sino porque no tendría fundamento la invalidación de todo el proceso, dado que la ilegalidad de la actuación alegada se concentra en actos -en este caso unas pruebas-, los cuales no se vinculan mediante relación causativa con los restantes que componen el proceso, producidos legalmente".

Estas equivocaciones en la escogencia de la causal ofrecida por la ley son relevantes, dado que, si bien los dos motivos aludidos tienen un punto de contacto en la irregularidad de la prueba, las consecuencias son asaz distintas. No podría la Corte proveer de oficio a un fallo de reemplazo, cuando lo que se le requiere es una nulidad a partir de la resolución de cierre de investigación.

Mas, dado que la actuación de oficio de la Sala, de acuerdo con el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, está circunscrita a la advertencia de una causal de nulidad o a la violación ostensible de garantías fundamentales, es necesario apreciar ahora estas posibilidades, habida cuenta que la demanda fue admitida en su oportunidad.

Así entonces, se sabe que la validez de las pruebas tiene incidencia directa en la presunción de inocencia, como garantía fundamental, dado que sólo a través de aquella actividad legítima del Estado puede desvirtuarse regularmente la segunda. Sin embargo, en el evento de verificar la inexistencia de los mencionados testimonios, también sería necesario comprobar a la vez la trascendencia, pues, por recaer esa supuesta anomalía en medios de convicción, no puede olvidarse que el examen de éstos se hace primero individualmente y después en conjunto (art. 254 C. P. P.). De modo que, mentalmente suprimidas las pruebas que se tachan de ilegales, si no queda fundamento probatorio loable para sostener el fallo conde

natorio, sin duda debe cambiarse su sentido por la preeminencia de la susodicha garantía fundamental.

Con todo, ese juicio hipotético de trascendencia no es favorable en este caso a la situación del procesado, porque, eliminados mentalmente los testimonios que se califican de ilegales, permanece como soporte probatorio destacado el informe policial, que formalmente tiene todas las trazas del documento público, de conformidad con los artículos 251 y 252 del C. de P. C. y 279 del C. de P. P., pues no solo está suscrito por los agentes que intervinieron en el procedimiento sino que está avalada la existencia y la función de éstos por la firma del respectivo superior jerárquico (fs. 1). Además, en cuanto al aspecto material de dicho documento, se notará que el mismo sindicado en la indagatoria, aunque no aceptó la autoría del hecho, sí refiere la realidad del decomiso de la droga, a la hora y en el lugar indicado por los policiales, pero también da cuenta del dato consistente en que, a partir de ese instante, se le hizo la imputación de que él se había desprendido del estupefaciente recogido por ellos en esos alrededores; todo lo cual le da verosimilitud al contenido de la prueba que entonces sería suficiente para soportar el fallo que se ataca (fols. 14).

Bastan las anteriores reflexiones para desestimar la demanda de casación presentada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLABORACION EFICAZ-Acuerdo con el Fiscal

Es bien sabido además, que para acceder a alguno de los beneficios por colaboración consagrados en la referida Ley 81, es inexorable presupuesto que medie un acuerdo con el Fiscal General de la Nación o el fiscal que este designe, como también que exista previo concepto del Procurador General de la Nación o su delegado, estando sujeto el mismo a la aprobación de la autoridad judicial competente (artículo 369A del Decreto 2700 de 1991, adicionado por el artículo 44 de la citada Ley).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 9882

Aprobado Acta No. 127

VISTOS

En virtud del recurso extraordinario de casación interpuesto y sustentado oportunamente, conoce la Corte de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 9 de junio de 1994, que confirmó la emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad el 14 de marzo del mismo año, mediante la cual se condenó a Luis Fernando Gahona Toro por el delito de homicidio agravado en la modalidad de tentativa.

HECHOS

Ocurrieron pasadas las diez y treinta minutos de la noche del día 29 de marzo de 1993 en la taberna "Los Charros" ubicada en la calle 20 No. 10-76 de la ciudad de Ibagué, cuando encontrándose el joven Alfonso González Prada departiendo en compañía de su novia Esther Martínez Díaz, fue atacado por la espalda por Luis Fernando Gahona Toro quien procedió a hacerle varios disparos con el arma de fuego que legalmente portaba, los que

le interesaron la región paraescapular externa izquierda y la pierna derecha, que impusieron su inmediata atención en el Hospital Federico LLeras Acosta, en donde la intervención de los galenos permitió salvar su vida.

ACTUACIÓN PROCESAL

Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía Primera Permanente Delegada ante el Cuerpo Técnico de Investigación por la hermana de la víctima Gloria Ligia González Prada, escuchándose igualmente la declaración de Esther Martínez Díaz y del radio operador de la Asociación de Oncometristas del Tolima "Aontol", Alfredo Acosta Conde quien enterado de los hechos apenas unos instantes después de ocurridos, logró comunicación radial con algunos taxistas agremiados y seguimiento al vehículo de servicio público en el cual habría huído el agresor de acuerdo con las informaciones inicialmente divulgadas, pudiéndose establecer de este modo sus características particulares y posteriormente la aprehensión de quien lo conducía en la noche de autos, esto es Luis Fernando Gahona Toro, antiguo amigo de la víctima.

Con base en estos elementos de juicio, el 30 de marzo de 1993 se profirió resolución de apertura de instrucción, vinculándose mediante indagatoria a Edison Leal Cruz y Luis Fernando Gahona Toro, quienes se mostraron en esta oportunidad por completo ajenos a la imputación delictiva que se les hiciera, siendo resuelta su situación jurídica el 6 de abril posterior, con resolución detentiva por el delito de homicidio en grado de tentativa.

Practicada con resultados positivos la diligencia de reconocimiento en fila de personas de Gahona Toro por parte de Esther Martínez Díaz, como también establecido a través del cotejo balístico sobre el proyectil recuperado en el establecimiento público donde ocurrieron los hechos, que el disparo se produjo con el arma encontrada en poder de aquél al momento de su captura y ampliada la indagatoria del procesado, dentro de la cual reconoció haber sido el autor del hecho pero aduciendo una justificante putativa, la Fiscalía Séptima de la Unidad Primera de Vida cerró la investigación profiriendo en su contra el 16 de julio de 1993 resolución acusatoria por el delito de homicidio en grado de tentativa, al tiempo que dictó preclusión en favor de Leal Cruz, siendo esta determinación confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué el 27 de agosto posterior, al desatar el recurso de apelación interpuesto, con la única modificación consistente en aclarar que el homicidio tentado lo era con la agravante contemplada en el art. 324.7 del Código Penal.

Una vez celebrada la audiencia pública, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancias en los términos precedentemente expuestos.

DEMANDA

Un cargo propone el defensor de Luis Fernando Gahona Toro contra la sentencia impugnada, con fundamento en la causal primera, cuerpo primero, del art. 220 del Código de Procedimiento Penal por violación directa de la ley sustancial, "por exclusión evidente (sentido de la violación) de los artículos 369A- literales C) y E) y parágrafo: y 369D" *ibidem*, en concordancia con los artículos 61 y 67 del Código Penal.

Previo este enunciado, como sustento fundamentador aduce el actor que no obstante los benéficos efectos que estos preceptos introducidos por la Ley 81 de 1993 habrían tenido sobre la pena que le fuera irrogada al procesado, el sentenciador dejó de aplicarlos, pese a que atendiendo a los principios de igualdad, favorabilidad y prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo se imponían, independientemente de que se afirme estar condicionada su aplicación al previo acuerdo con la Fiscalía, pues en su criterio resulta plenamente viable prescindir de esta exigencia y atendiendo a la colaboración prestada por Gahona Toro para la eficacia de la administración de justicia y el hecho de haber indemnizado a la víctima, ser acreedor a la disminución punitiva correspondiente.

Sobre esta base, solicita a la Corte casar parcialmente el fallo procediendo a dosificar nuevamente la pena, para que se imponga a GAHONA TORO la principal de 50 meses de prisión de acuerdo con el cálculo que el actor hace después de atender a la disminución de las dos terceras partes de la impuesta en la sentencia, de conformidad con el art. 369A del estatuto procesal penal.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

Infundado es para el Ministerio Público el cargo que contra la sentencia propone el demandante, habida cuenta de que en ningún momento obra dentro del proceso acta alguna que contenga un acuerdo que se haya "ventilado ante la Fiscalía General de la Nación, el imputado y su defensor, con el concepto previo de la Procuraduría", circunstancia que obviamente impide que se pretenda hacer producir de un hecho inexistente cualquier efecto procesal y muchísimo menos la falta de este presupuesto puede propiciar la posibilidad de el sentenciador se pronuncie sobre los beneficios consagrados en la ley.

En consecuencia, solicita el Procurador Delegado no casar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES

1. Sujeto como está en la ley a un específico y reglado trámite de actos concatenados, el proceso que da lugar a la obtención de beneficios por colaboración para la eficacia de la administración de justicia adoptados

en la Ley 81 de 1993, mal puede tenerse cualquier expectativa de lograr alguno de ellos si el acto complejo a través del cual se crean las condiciones procesales para que opere, en ningún momento se llevó a efecto dentro del proceso, pues ni siquiera existió una petición con miras a esa concreta finalidad que permitiera adelantar conversaciones para su consecución en ninguna de las etapas de la actuación ya agotada en las instancias.

2. Es bien sabido además, que para acceder a alguno de los beneficios por colaboración consagrados en la referida Ley 81, es inexorable presupuesto que medie un acuerdo con el Fiscal General de la Nación o el fiscal que éste designe, como también que exista previo concepto del Procurador General de la Nación o su delegado, estando sujeto el mismo a la aprobación de la autoridad judicial competente (artículo 369A del Decreto 2700 de 1991, adicionado por el artículo 44 de la citada ley).

3. En este caso, el casacionista pretende bajo un equivocado concepto y alcance del principio constitucional de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, que la Corte desconozca el procedimiento legal para que operen esta clase de beneficios y proceda, sin competencia alguna, a pronunciarse sobre ellos, cuando evidentemente se trata de un trámite que le resulta ajeno por completo al conocimiento de los fallos por vía de la impugnación extraordinaria.

4. Además, es claro que una vez proferidas las sentencias de primera y segunda instancia, sólo sería viable esta clase de beneficios dentro de la hipótesis contenida en el artículo 369D del Código de Procedimiento Penal (adicionado por el artículo 47 de la Ley 81 de 1993), eventualidad ésta respecto de la cual ya la Sala ha precisado que carece por completo de competencia funcional para pronunciarse sobre la legalidad de los mismos y mucho menos para acceder directamente a su reconocimiento. Así, mediante auto del 19 de marzo de 1996, con ponencia del Magistrado Doctor Fernando Arboleda Ripoll, señaló:

"Otra de las razones para predicar la imposibilidad de la Corte para pronunciarse en torno a pedimentos de esta naturaleza, la constituye la limitada competencia funcional de la Corporación durante el trámite del recurso extraordinario, que la habilita únicamente para resolver cuestiones inherentes al mismo recurso y las peticiones de libertad que se formulen con fundamento en el numeral 2° del Art. 415 del C. de P.P. (modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993) –cumplimiento de la totalidad de la pena, o de los presupuestos fácticos del art. 72 del C.P. para obtener la libertad condicional–.

Y aún en el evento en que el acuerdo por 'colaboración eficaz con la Justicia', se perfeccione estando en trámite el recurso extraordinario de casación, el funcionario competente para hacer el respectivo control de legalidad y reconocer los beneficios respectivos, sería un juez de instancia y no la Corte, pues ha de tenerse presente que, además de la limitada compe-

tencia a que se hizo mención, la providencia que niega la legalidad del acuerdo debe ser 'susceptible de los recursos ordinarios', según la previsión del artículo 369D que regula la 'Colaboración concomitante o posterior al juzgamiento'. Imperativo éste que resultaría vulnerado al ser la Corte la encargada de tal pronunciamiento.

Con base en esa misma previsión normativa, si el acuerdo se materializa cuando ya la sentencia condenatoria ha cobrado firmeza, el funcionario competente para evaluar la legalidad del convenio y aplicar los beneficios, será el juez de ejecución de penas o quien haga sus veces".

Siendo, en consecuencia, infundado el cargo, debe desecharse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LEGITIMA DEFENSA/ INIMPUTABILIDAD

Propugnar por la legítima defensa implica optar por la petición de absolución, mientras que la declaratoria del estado de inimputabilidad parte de la aceptación del juicio de responsabilidad, aunque pretenda la sanción con pena de naturaleza distinta a la establecida para el hecho punible tal como se imputó en la sentencia acusada. Vale decir, son censuras contrapuestas con objetivos jurídicos distintos, que debieron proponerse en capítulos separados, sin que la situación logre remediarse porque la petición casacional contenga dentro de la mixtura que ofrece, ambas opciones.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Proceso No. 12603

Aprobado Acta No. 127

Decide la Corte sobre la viabilidad de la demanda con la cual se sustenta el recurso de casación interpuesto contra la sentencia emanada el 6 de agosto de 1996 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que condena a Germán Darío Londoño Mazo como autor del delito de homicidio en la persona de Libia Meneses. Al efecto, se examina el aspecto formal de la demanda presentada, como lo dispone el artículo 226 del C. de P. P.

ANTECEDENTES

1°. De la lectura del expediente, se tiene que la noche de navidad del año de 1992, luego de reunirse en su casa y tener una corta discusión, la joven Libia Meneses salió con su novio Germán Londoño Mazo. Se encaminaron a una heladería cercana, donde estuvieron por varias horas conversando y el caballero ingiriendo altas dosis de whisky, .. Sin que acto alguno ofreciera sospecha de que algo anormal sucedía entre la amorosa pareja, se escucharon unos gritos que alertaban del mutuo herimiento en el pecho con arma blanca. El agente de la policía Wilson Avila Barrios, entre otros muchos que se encontraban allí por la vecindad con la estación Manrique, trató de auxiliarlos, pero el sujeto, en los últimos momen-

tos de conciencia, lo atacó con el puñal ensangrentado que tenía en sus manos, los demás compañeros del agente reaccionaron en su defensa, pero el individuo ya se hallaba tendido en el piso, fuera de combate.

Todos los heridos fueron conducidos a centros de atención médica, logrando salvar la vida de Londoño Mazo y Avila Barrios, Libia Meneses murió antes de llegar al hospital. (fol. 225. cd. ppl.).

2°. El 22 de diciembre de 1995, dentro de la investigación penal que se abrió, la Fiscalía profirió resolución de acusación contra el sindicado, por el concurso de hechos punibles de homicidio y lesiones personales (fols. 182 y ss), pero al dictarse su sentencia, una vez rituada la etapa del juicio, el Juzgado 20 Penal del Circuito de Medellín mantuvo la imputación solamente por el delito contra la vida y por ese hecho punible lo condenó, mientras lo absolvió por las lesiones personales (fols. 225-236 cd. ppl.), en fallo que el Tribunal Superior del Distrito confirmó al revisarlo por apelación en la sentencia (fols. 253 y ss. cd. ppl.) contra la cual se interpuso el recurso de casación que la defensa sustenta con la demanda que cuyo aspecto formal revisa ahora la Corte.

La Demanda

Omitiendo relacionar la actuación procesal, el señor demandante acusa la sentencia de segundo grado, en el único cargo que formula, con fundamento en la causal 1a., inciso segundo del artículo 220 del C. de P.P., de ser violatoria de la ley sustancial en forma indirecta, al incurrir en errores de hecho en la evaluación de la prueba.

Al tratar el "Alcance de la impugnación solicita a la Corte" casar la sentencia y reconocer al procesado la, precisa,

"inimputabilidad por trastorno mental transitorio, o subsidiariamente la causal de justificación (legítima defensa) invocadas, de acuerdo con los artículos 31 y 29 numeral cuarto del Código Penal, respectivamente".

Refiriéndose al estado de inimputabilidad afirma que el error del fallador radicó en:

"darle al presente caso un sentido de simple ebriedad que disminuyó la inteligencia y la voluntad, sin la intensidad que le hubiera impedido comprender y querer el acto ilícito".

Añade que el Tribunal omitió apreciar "el estado notorio de embriaguez" del acusado al momento de cometer los hechos, ayudado, dice, "por la perturbación anímica y sicológica al recibir intempestivamente una lesión a escasos milímetros del corazón", lo que le impidió "un comportamiento adecuado" porque "anularon la capacidad de comprensión o de una correcta autodeterminación", pues ocasionó "un desequilibrio en la conciencia" de su defendido.

Luego precisa que varias de las pruebas testimoniales recaudadas daban cuenta del estado notorio de embriaguez aguda del procesado y comenta que "sabido es" que éste "se encontraba agotado", pero no indica cuáles de ésos elementos de juicio, u otros, fueron erradamente asumidos por el Tribunal, pasando a un nuevo acápite en el que advierte que "no hubo trastorno mental preordenado", absteniéndose de precisar qué incidencia tendría esta negativa en el fallo, y finalizando el tema con la solicitud de aplicación del artículo 31 del C.P. en favor de su poderdante.

Sin separar cargos, como se advirtió, pasa a referirse al tema de la legítima defensa, diciendo que el Tribunal incurrió en error de hecho "al omitir la existencia de la prueba del ataque injusto que debió repeler" el procesado "ya que es notorio el hecho que no fue él quien inició el ataque,.. sino que reaccionó defensivamente ante el ataque y lesión que se estaba produciendo y que se hubiese seguido produciendo".

De lo dicho en este precedente párrafo infiere que el Tribunal erró de hecho "al entrar en contraposición a la tesis de la Juez de primera instancia, que planteó el intento de suicidio .." y al no aceptar la hipótesis de la legítima defensa.

A continuación reitera ampliadamente su pensamiento sobre la aducida inimputabilidad del acusado, rememorando las explicaciones de éste sobre la forma como se enteró de lo sucedido, para pasar a comentar que "no fue posible hacer comparecer" a los policías que primero conocieron del caso. Sin solución de continuidad en el discurrir de la argumentación, salta al tema de la justificante atribuyendo al Tribunal error de hecho "al afirmar la posibilidad de que la hoy occisa .. hubiese sido atacada primero y luego fuese ella quien repeliera el ataque ..", cuando lo que "se sabe con claridad y certeza", según puntualiza, es que la acción del acusado fue una respuesta de reacción al sentirse atacado, exponiendo las razones que lo llevan a consolidar su criterio. Volviendo sobre los cuestionamientos al Tribunal dice que incurrió también en error de hecho "al tachar de sospechosa la actuación del procesado al no recordar nada, ..". Finalizando la exposición reitera la petición casacional.

Consideraciones de la Corte

Requisito inexcusable de forma de la demanda de casación para que el recurso pueda ser tramitado, es que los fundamentos de la causal invocada para procurar la revocación extraordinaria del fallo acusado sean expuestos en forma clara y precisa; que además, cuando fueren varias esas invocadas causales, se expresen en capítulos separados los fundamentos relativos a cada una; y, que si de alegar cargos excluyentes se trata, se haga separadamente en el texto de la demanda y de manera subsidiaria (artículo 225 C. de P.P. numerales 3 y 4, y último inciso).

En el presente caso, de entrada se hace notable cómo, siendo excluyentes las objeciones que se formulan, se tratan ambas en un mismo bloque argumental, sin tener en cuenta el deber de separarlas, con lo que el discurso termina por desconocer una de las básicas premisas de forma, que, como se sabe, son las que otorgan la viabilidad al examen de la impugnación extraordinaria.

En efecto, propugnar por la legítima defensa implica optar por la petición de absolución, mientras que la declaratoria del estado de inimputabilidad parte de la aceptación del juicio de responsabilidad, aunque pretenda la sanción con pena de naturaleza distinta a la establecida para el hecho punible tal como se imputó en la sentencia acusada. Vale decir, son censuras contrapuestas con objetivos jurídicos distintos, que debieron proponerse en capítulos separados, sin que la situación logre remediarse porque la petición casacional contenga dentro de la mixtura que ofrece, ambas opciones.

A lo anterior añádese de relevancia insoslayable, la falta de claridad y de precisión en la fundamentación de la causal de casación invocada, porque para objetar el no reconocimiento por el fallador de la justificante y de la inimputabilidad del procesado, el censor se limita a consignar reflexiones puramente subjetivas respecto de la interpretación de la prueba por el Tribunal y a propender por la aceptación del criterio del juez de la primera instancia en relación con el acontecer fáctico, sin lograr poner en claro cuál fue el concreto error de hecho o de derecho del Tribunal en la apreciación de los elementos de juicio, ni sobre cuáles específicas pruebas allegadas recayó, ni cuál la incidencia del yerro en el sentido o alcance del fallo.

Con esta manera de exponer el pensamiento cuestionador en la demanda, se impide a la Corte ejercer la posibilidad, como juez extraordinario, de remediar los errores que pudieran haber determinado una decisión equivocada, pues definitivamente se frustra la viabilidad del recurso, en la medida en que se impone como único camino, el rechazo de la demanda y la declaratoria de deserción del recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada en este proceso. Por consiguiente, DECLARAR DESIERTO el recurso extraordinario presentado a nombre de Germán Darío Londoño Mazo contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que lo condena como autor del homicidio de Libia Meneses. En firme, DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

Contra esta decisión no cabe recurso alguno, en los términos de los artículos 197 y 226 del C. de P.P.

Cópiese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD-De la prueba

Debe observarse que la pretendida ilegalidad en la aducción de la prueba no afecta la validez del proceso en sí mismo, salvo que además de ser medio de comprobación constituya presupuesto procesal de otras actuaciones, como es el caso de la indagatoria, razón por la cual el error consistente en apreciar pruebas ilegalmente acopiadas no es propiamente un yerro in procedendo sino in iudicando o de juicio, de manera que no conduce a nulidad del proceso sino a que eventualmente, si existe trascendencia, se case el fallo y se dicte uno de reemplazo, en el cual no se tengan en cuenta esos medios de convicción.

Lo que sería nulo, de llegar a acreditarse lo argüido, es la prueba ilegalmente aducida y no el proceso.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 12753

Aprobado Acta N° 127

ASUNTO

Decide la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor de los procesados Nielsen Torres Cuero y Franklin Enrique Romaña Arroyave.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 10 de diciembre de 1993, María Elena y Belisa María Rodríguez Arias fueron secuestradas de la casa de habitación de la primera, ubicada en la calle 19 número 4-61 de Armenia, siendo llevadas en un vehículo automotor a Cali, donde habrían de permanecer hasta que otra hermana, Marina Rodríguez Arias, llegara procedente de Nueva York con una "encomienda".

Las hermanas María Elena y Belisa María estuvieron desde entonces en el establecimiento denominado "Amoblados Berlín", calle 20 N° 7 - 131 de Cali, hasta el 10 de enero de 1994, cuando fueron rescatadas por servidores de la Policía Nacional, siendo aprehendidos allí Franklin Enrique Riomaña Arroyave y Nielsen Torres Cuero.

Iniciada la correspondiente investigación, Riomaña Arroyave y Torres Cuero fueron indagados y contra ellos una Fiscalía Regional de Cali profirió medida de aseguramiento el 14 de enero de 1994, consistente en detención preventiva sin derecho a excarcelación, por el delito de secuestro extorsivo.

Decretado el cierre de la instrucción, el 16 de septiembre de 1994 fue calificada, dictándose contra los implicados resolución de acusación por el delito de secuestro extorsivo, con la agravante prevista en el numeral 3° del artículo 3° de la ley 40 de 1993 por prolongarse la privación de la libertad más de 15 días, decisión que no fue recurrida.

El 29 de agosto de 1995, un Juez Regional de Cali condenó a Riomaña Arroyave y Torres Cuero a pena de prisión de 34 años cada uno, entre otras decisiones, al encontrarlos coautores del delito de secuestro extorsivo agravado, providencia confirmada por el Tribunal Nacional mediante sentencia de fecha 16 de enero de 1996, la cual es objeto del recurso extraordinario de casación.

La Demanda

Con la especificación de la sentencia contra la cual va dirigido el recurso extraordinario, la mención parcial de los sujetos procesales y sintetizando desde su perspectiva los hechos y la actuación procesal, el defensor de ambos sentenciados presenta la demanda de casación acudiendo a la causal 3ª del artículo 220 del C. de P. P.: "Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad".

Anota que investigadores de Policía Judicial practicaron, "sin presencia" o "sin la inmediatez del Fiscal Regional respectivo", algunas inspecciones judiciales y recibieron varios testimonios, quedando esas "pruebas viciadas de nulidad por intervención en el sumario y en la causa de funcionarios de policía judicial" (fol. 80 cd. Trib.).

Así dice, que se verificó inspección judicial a un arma de fuego y munición, a las oficinas de Extranjería del Das sobre la cual el propio casacionista expresa que el investigador judicial del C.T.I. actuó "comisionado para esta diligencia de acuerdo a lo ordenado por el señor Fiscal Regional... mediante resolución de fecha 14 de abril de 1994" (f. 80 ib.), y a la III Brigada, todo en la ciudad de Cali, y se recibieron los testimonios de María Elena Rodríguez Arias, Blanca Aurora Guzmán, Belisa María Rodríguez Arias, Omar González Camelo, Iván Díaz Alvarez, César Augusto Flórez Cadavid, Ja-

vier Marmolejo Potes y Víctor Modesto González Rodríguez; y que en la etapa del juicio tomaron las declaraciones de Oscar Marino Torrijos Fernández ("sin presencia de un Fiscal"), Alvaro Marín Díaz y Darío González Camelo, y se realizó "inspección judicial a Amoblados Berlín, sin presencia del juez respectivo", resaltando que este material probatorio se recibió "por orden de un fiscal cuando éste ya perdió su competencia investigadora" (fols. 82 y 83 ib.).

Sostiene que las pruebas practicadas por la Policía Judicial violan el debido proceso, "y por contera deben ser declaradas nulas de manera absoluta", en razón a que los investigadores de tal cuerpo auxiliar de la justicia carecen de competencia para realizar esa tarea, que sólo puede efectuar el funcionario judicial (juez o fiscal); de tal forma, dice que en el caso de sus representados se ha configurado la causal de nulidad prevista "en el N° 1 del art. 304 del C. P. P., que viola de manera considerable el art. 29 de la Constitución Política" (fol. 87 ib.).

Después de algunas disquisiciones abstractas, refiere que los juzgadores no podían "desestimar o estimar desde la lente valorativa una prueba viciada de nulidad, y esto fue lo que hicieron tanto el juez de primera instancia como el de segunda, como quiera que le restaron credibilidad a sendas declaraciones de las víctimas y sus familiares, como también la de algunos servidores públicos que participaron en la diligencia de allanamiento que dio origen a este proceso".

Pide entonces que la Corte case el fallo dictado por el Tribunal Nacional, para en su lugar "proceder a declarar la nulidad de la sentencia, y devolver el proceso hasta antes del cierre de la investigación al Fiscal Regional competente a fin de que se practiquen con arreglo a la ley aquellas pruebas nulas, y en consecuencia se continúe el proceso" (fol. 88 ib.).

Consideraciones de la Corte

La demanda de casación no es un escrito de libre elaboración, pues el recurso extraordinario constituye un enjuiciamiento técnico que se hace sobre la sentencia impugnada y no una instancia más, debiendo sujetarse a las reglas determinadas al efecto.

En relación con los requisitos formales, enseña el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal que el libelo deberá contener, entre otros imperativos, la indicación de la causal que se aduzca para pedir la revocación del fallo, exponiendo en forma clara y precisa los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estime infringidas, y el 226 ibídem determina que el recurso se declarará desierto si la demanda no reúne tales exigencias formales.

Que la causal que se estima procedente sea la tercera, en nada reduce estos requisitos ni la consecuencia de su incumplimiento. Esta corpora-

ción ha reiterado, por ejemplo en sus providencias de fecha marzo 8 de 1996, radicación 9095, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote, y octubre 24 del mismo año, radicación 9755, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, que la formulación de cargos con base en esta causal no es libre ni caprichosa, pues acá también existe la obligación de fundamentar y demostrar, así mismo de manera precisa y clara, cómo los errores in procedendo trascendieron seria e irremediablemente contra las garantías fundamentales o en el desconocimiento grave de la estructura básica del procedimiento, indicando desde qué momento procesal se debe invalidar la actuación.

En el asunto examinado el defensor ensaya esto último, pero después de cuestionar la actuación realizada por investigadores de la Policía Judicial y cuando se esperaba que demostraría las irregularidades argüidas y su trascendencia, se retrae a decir que los juzgadores no podían desestimar o estimar pruebas que en su opinión están viciadas de nulidad, restándole credibilidad a otros medios de convicción que considera debieron ser tenidos en cuenta, confusión que no permite dilucidar si el reproche propone desconocimiento de las bases fundamentales de la instrucción o el juzgamiento, o si la inconformidad mas bien versa sobre la apreciación de la prueba, postura propia de la violación indirecta de la ley sustancial.

Pretende así el impugnante establecer, al amparo de la causal tercera de casación, que el sentenciador apreció pruebas que afirma fueron ilegalmente aducidas, inconformidad que ha debido plantear a través de la causal prevista en el numeral primero, cuerpo segundo, del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, por violación indirecta de un precepto sustancial, originada en error de derecho debido a falso juicio de legalidad, porque el juzgador habría tomado en consideración lo constatado en inspecciones judiciales y testimonios, cuya incorporación alega haberse efectuado, ora en la instrucción, ora en el juicio, quebrantando el conducto legal para su allegamiento.

Debe observarse que la pretendida ilegalidad en la aducción de la prueba no afecta la validez del proceso en sí mismo, salvo que además de ser medio de comprobación constituya presupuesto procesal de otras actuaciones, como es el caso de la indagatoria, razón por la cual el error consistente en apreciar pruebas ilegalmente acopiadas no es propiamente un yerro in procedendo sino in iudicando o de juicio, de manera que no conduce a nulidad del proceso sino a que eventualmente, si existe trascendencia, se case el fallo y se dicte uno de reemplazo, en el cual no se tengan en cuenta esos medios de convicción.

Lo que sería nulo, de llegar a acreditarse lo argüido, es la prueba ilegalmente aducida y no el proceso. Aun así, y sin argumentación sobre la trascendencia de tales pruebas ni porqué la sentencia no mantendría cabal sustentación con el soporte probatorio restante, el defensor propone

nulidad para que el asunto retorne a la fase instructiva y en esa sede sean nuevamente allegadas algunas piezas de demostración que considera viciadas, petición que tampoco procedería, para el caso por dos razones adicionales: la primera, porque el censor no es puntual en señalar cómo los funcionarios que practicaron las probanzas cuyo acopio ha sido cuestionado no podían ser, y en efecto no fueron, legalmente comisionados para su allegamiento; y la segunda, porque el recurrente en nada censura la incorporación de otros medios de convicción, ni su valoración en conjunto como fundamento del fallo.

Lo anteriormente expresado es suficiente para establecer que el casacionista erró en la aducción y fundamentación de la causal y que su libelo carece de la precisión y claridad exigidas por el numeral 3° del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, prerrequisitos para que la Sala pueda encaminarse hacia un pronunciamiento de fondo.

De esta manera, en obedecimiento a lo previsto por el artículo 226 *ejusdem*, la Corte debe rechazar la demanda por los requisitos formales que incumple y declarar desierto el recurso interpuesto. Contra esta determinación, que adquiere ejecutoria en la misma fecha de su suscripción (art. 197 ib.), no cabe recurso alguno.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada por el defensor de los procesados Flanklin Enrique Riomaña Arroyave y Nielsen Torres Cuero y, en consecuencia, declarar DESIERTO el recurso interpuesto.

Contra esta determinación no cabe recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD-Fallo de sustitución/ PERJUICIOS

Si bien el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal dispone que cuando la nulidad afecte "exclusivamente la sentencia impugnada", la decisión del recurso es casar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo, tal hipótesis solamente se puede aplicar cuando con ello no se afecten garantías de los sujetos procesales, y lo lógico en el evento de falta de motivación es que tuvieran oportunidad de conocer las razones de la condena para poder impugnar.

Sobre este punto, la Corte al explicar el reenvío de un proceso en el que se decretó la nulidad de la sentencia por defectos de motivación, dijo: "Se actúa de esta manera, con el fin de preservar el derecho que tienen todos los sujetos procesales de conocer la motivación de la sentencia, para, si no están de acuerdo con ella, interponer los recursos pertinentes. Dictar fallo de sustitución en este caso concreto, implicaría la preterm1sión de una instancia porque la motivación que hiciera la Corte jamás podría ser controvertida" (Cas. Penal, sent. febrero 7 de 1994, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

La imposibilidad de acumular indemnizaciones originadas en el contrato y en el delito la descartó con suma claridad el Tribunal en la confirmación de ese punto de la sentencia, y para advertirlo basta leer lo que expresa sobre el particular en los siguientes apartes:

"Y si lo anterior es así, como debe aceptarse que lo es, los perjuicios valorables dentro del proceso penal no pueden ir más allá de las consecuencias propias de los hechos delictivos" (...)

"De manera que pretender la inclusión como secuela de los delitos investigados para efectos de la estimación de los perjuicios causados, de aspectos tales como el daño emergente y el lucro cesante, en el primer caso por la paralización de trabajos, por las medidas cautelares que en principio se decretaron con motivo de la demanda que Saldarriaga formuló en San Andrés, y en razón del lucro cesante determinado igualmente por esos fenómenos relacionados con el incumplimiento y la demanda fundada en hechos no reales, pretender la inclusión de esos factores, se repite, equivaldrían ni más ni

menos que tratar de obtener de la justicia un doble pago por las mismas razones. Lo cual desde luego no puede patrocinar el fallador del proceso penal".

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 12802

Aprobado Acta No. 127

Vistos

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá condenó a Wilbert Francis Bernard a la pena principal de 36 meses de prisión por falsedad ideológica en documento público, a Gilberto Darío de Jesús Saldarriaga a 23 meses de prisión por los delitos de uso de documento público falso en concurso sucesivo y fraude procesal, y a Guido Gustavo Brun a 20 meses de prisión por uso de documento público falso en concurso con el de fraude procesal; les impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, así como el resarcimiento solidario de los perjuicios materiales en cuantía de $ 43'209.237.23, y les concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional; absolvió a Javier de Jesús Márquez Vargas.

Apelado el fallo, el Tribunal Superior de esta ciudad dispuso invalidar parcialmente la actuación a partir del proveído calificatorio, en lo que tiene que ver con los procesados Gilberto Darío de Jesús Saldarriaga y Guido Gustavo Brun, respecto de los delitos de falsedad, persistiendo la condena en su contra por el delito de fraude procesal; imponiéndole a cada uno de los citados 20 meses de prisión así mismo, adicionó la sentencia en el sentido de imponer a los condenados la obligación de resarcir los perjuicios morales en el equivalente a 1.000 gramos oro, en lo demás la confirmó.

Contra esta decisión interpusieron recurso de casación el defensor del procesado Wilbert Francis Bernard y el representante de la parte civil, quienes presentaron sus respectivas demandas, las que fueron declaradas ajustadas a los requisitos formales (fol. 11 C. de la Corte), esta última tan sólo en lo que atañe al segundo cargo. La Corte procede a resolver lo que corresponde.

I. Hechos

Fueron narrados por el Tribunal así:

"El 6 de julio de 1988, en San Andrés (Islas), los ciudadanos Abdul Hady Jamil Hard Salled y Gilberto Darío de Jesús Saldarriaga, el primero en representación de la Sociedad "Inversiones Abdul Hard Ltda.", suscribieron promesa de contrato en virtud del cual Hard Salled se comprometía a transferir en favor del segundo el dominio correspondiente al espacio superior a partir del segundo hasta el séptimo piso del edificio en proyecto denominado "Aparta-Hotel Fronteras" a construirse en el perímetro urbano de la Isla; el precio se estipuló en la suma de $122.583.891.00, pero en la misma fecha los contratantes suscribieron documento adicional en el cual se consignó que en la escritura definitiva quedaría registrada la suma de $20.000.000.00, como precio de la operación; igualmente se modificó el convenio inicial, para variar, del 6 de diciembre del mismo año de 1988, al 20 de diciembre siguiente como la correspondiente a la suscripción de la escritura definitiva.

"Es aquí oportuno destacar que como bien se aprecia en el folio 47 del original No. 1., el Notario Único de San Andrés Wilber Francis Bernard, expidió el citado 20 de diciembre certificación en el sentido de que, presentes en su Despacho los contratantes anteriormente mencionados, a petición de Saldarriaga se convino una prórroga de dos días más para la confección de la escritura; y cumplido este último plazo, según nueva certificación del mismo funcionario, es decir en diciembre 22, efectivamente compareció el señor Hard Salled con el fin de dar cumplimiento a la promesa de contrato mencionada al comienzo, pero, según allí se consignó por parte del Notario, Gilberto Darío de Jesús Saldarriaga no lo hizo.

"En razón de lo anterior, por intermedio de apoderado, Hard Salled promovió acción ordinaria contra Saldarriaga, por incumplimiento del contrato, y la demanda respectiva fue admitida el 22 de noviembre de 1989 por el Juzgado 30 Civil del Circuito de esta capital. A nombre del demandado contestó el libelo correspondiente el abogado Javier Márquez Vargas, quien para acreditar que Saldarriaga no incurrió en incumplimiento presentó, entre otras pruebas "copia auténtica de la minuta número (1030) emanada de la Notaría Única del Círculo de San Andrés Isla", e igualmente, "constancia emanada de la Notaría Única de San Andrés, respecto a la minuta relacionada en el numeral anterior, en la cual se hace constar el incumplimiento por parte de la Sociedad demandante".

"Pero, además, y con posterioridad a lo anteriormente reseñado, el 6 de febrero de 1990, el abogado Guido Gustavo Brun Brun presentó, en virtud de poder otorgado por Gilberto Darío de Jesús Saldarriaga, demanda ejecutiva singular de mayor cuantía por obligación de hacer contra la firma "Inversiones Abdul Hard Ltda.", en orden a obtener que se obligue a la demandada a suscribir la escritura pública conforme a la promesa de contrato preexistente entre las partes, así como también a pagar una crecida suma por concepto de perjuicios moratorios, gastos propios de la acción judicial y las costas generadas en razón de la misma. La demanda fue presentada ante el Juzgado Civil del Circuito de San Andrés Islas, y como pruebas del

incumplimiento por parte de la firma demandada, igualmente, se acompañaron al escrito respectivo copia de la minuta 1013 y de la constancia que sobre la no comparencia de Hard Salled expidió el Notario Unico de San Andrés Islas, con fecha 23 de enero de 1990.

"A simple vista la ya citada minuta 1013 insertada en el protocolo notarial y la certificación de 23 de enero de 1990, contradecían la constancia que el mismo Notario de San Andrés Islas expidió el 22 de diciembre de 1988, sobre la presencia de Hard Salled con la finalidad de dar cumplimiento a la promesa tantas veces mencionada, y la inasistencia de Saldarriaga.

"Las dos investigaciones, una de orden administrativo por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro, y la presente de carácter penal, demostrarían fehacientemente que el contenido del documento protocolizado bajo el número 1013 y el de la certificación notarial expedida con base en el mismo no correspondían a la realidad, y que por lo tanto se utilizaron maliciosamente, en procura de extraviar el criterio de los funcionarios judiciales llamados a decidir sobre las acciones civiles reseñadas con anterioridad en este relato".

II. Actuación Procesal

El Juzgado 45 de Instrucción Criminal de Santa Fe de Bogotá declaró abierta la investigación (fol. 145 c.o. No 1), y vinculó al proceso mediante indagatoria a Gilberto de Jesús Saldarriaga, Wilbert Francis Bernard, ex-Notario, y los profesionales que tuvieron a su cargo la representación de los intereses de Saldarriaga, doctores Guido Gustavo Brun Brun y Javier de Jesús Márquez Vargas. A los dos primeramente citados les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, al primero por el delito de fraude procesal, y al segundo por el punible de falsedad ideológica en documento público, negándoles la libertad provisional (fols. 258 y ss. c.o. no. 2).

Inconformes con dicha determinación, el representante de la parte civil interpuso recurso de reposición, y el defensor el de apelación, habiéndose resuelto los mismos, se acogieron las pretensiones de primer recurrente por parte del instructor, y se denegaron las del defensor por parte del Tribunal (fol. 213 y ss. C. No. 1 del Tribunal), salvo en lo concerniente a la libertad provisional que en últimas les fue concedida, previa caución prendaria.

Cerrada la investigación (fol. 60 c.o.No. 4), el funcionario instructor en providencia de junio 15 de 1992 (fol. 39 y ss. c.o. No 5) calificó el mérito probatorio del sumario, con resolución de acusación contra Wilbert Francis Bernard, Gilberto Darío de Jesús Saldarriaga, Guido Brum Brum y Javier Márquez Vargas.

Apelada la anterior decisión por parte de la defensa, la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, en reso-

lución de diciembre 23 de 1992 (fol. 104 Fiscalía Delegada) se inhibió para resolver la impugnación y, ordenó remitir la actuación a la Seccional de Fiscalías de Medellín para lo pertinente.

Apelado el proveído anterior por parte del representante de la parte civil, la Unidad de Fiscalía en resolución de enero 8 de 1993, accedió a desatar el recurso interpuesto contra la providencia calificatoria, optando por su revocatoria (fol. 150 y ss. c. de Fiscalía Delegada).

El Fiscal 133 de la Unidad Dos de Patrimonio Económico decretó el cierre de la investigación (fol. 2 c.o. No. 6) y la defensa interpuso contra el mismo recurso de reposición, que fue decidido en forma negativa (fol. 23 y ss.). En firme el proveído de clausura de la investigación, en providencia de fecha septiembre 17 de 1993 (fol. 70 a 109 del c. o. No. 6) el instructor calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación contra Wilbert Francis Bernard por el delito de falsedad ideológica en documento público, en calidad de autor, y a Javier Márquez Vargas, Gilberto Darío de Jesús Saldarriaga y Guido Gustavo Brun Brun, como autores de los delitos de fraude procesal y uso de documento público falso, decisión contra la que el defensor de estos dos últimos interpuso recurso de apelación, que fue declarado desierto por la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, en providencia de noviembre 22 de 1993 (fols. 311 a 317 c. Fiscalía Delegada).

Ejecutoriada la acusación, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esta ciudad avocó el conocimiento (fol. 137 c. No. 6), adelantó la etapa del juicio y luego de practicada la audiencia pública, dictó sentencia (fols. 75 a 154 C.O. No. 9), que al haber sido recurrida, fue confirmada por el Tribunal Superior, en los términos inicialmente reseñados.

III. Las Demandas

1- Demanda a nombre de Wilber Francis Bernard: El defensor del procesado formula tres cargos contra la sentencia de segunda instancia así:

Primer cargo:

Con invocación del numeral 1° inciso 2° del artículo 220 del C. de P.P., ataca la sentencia por violación indirecta al haber incurrido el Tribunal en "error de hecho al suponer o presumir una prueba, que no obra en la actuación, para así fundamentar la responsabilidad de mi cliente, como autor de falsedad ideologica [sic] en documento publico (sic) por empleado oficial...".

Fundamenta el reproche en los siguientes términos:

El escrito elaborado por su representado, al que se le dio desde el comienzo entidad y categoría de documento público, es el 1013 del 9 de octubre de 1989, cuando en su calidad de Notario Unico de San Andrés lo elaboró, completó y firmó, invocando preceptos contenidos en el Decreto 2148 de 1983.

Dicho escrito nunca adquirió categoría ni calidad de documento público, para que pudiera ser susceptible de cometerse en o sobre él falsedad, bien fuese material o ideológica y menos por uso, según lo tipifican en nuestro derecho los artículos "218, 219 y 220", luego "era un imposible jurídico (sic), afirmar la comisión de los comportamientos delictivos indicados".

Aduce que la "mal llamada escritura 1013, jamás (sic) pudo alcanzar ni tener dicho carácter, como tampoco de documento, pues su autor aplicando normas pertinentes al ámbito (sic) y sede de su funcionalidad, lo sancionó con inexistencia, sin que dicha sanción (sic) la hubiesen valorado, ninguno de los jueces que la tuvieron a su estudio, ...ni el Tribunal...", por lo que se incurrió "en el yerro de categorizar de documento el escrito analizado, razonando a reglon (sic) en que sobre este había cometido mi representado falsedad ideologica (sic)".

Dicha equivocación determinó "aplicar mal los tipos penales y que fuesen estimados coexistentes los elementos de la antijuridicidad y culpabilidad, que conducían con dicha equivocación, a fijar una pena ilegal, porque no podía (sic) ni puede ser responsable...de haber cometido falsedad ideologica (sic) en un objeto ausente de calidad ni esencia de documento con aptitud para probar, porque lo inexistente es nada, no cuenta con entidad".

Para el casacionista se infringieron los artículos 2°, 3°, 4°, 5°, 36, 219 "y concordantes" del C.P., así como los artículos 246, 247, 248, 274 "y pertinentes" del C. de P.P.; circunstancia que lo lleva a solicitar a la Corte que profiera una sentencia absolutoria en favor de su defendido.

Segundo Cargo:

"El segundo motivo de casación que propongo en subsidio consiste en que la sentencia condenatoria, que afecta la responsabilidad de mi cliente, fue proferida en un juicio viciado de nulidad, lo cual determina proferir en subsidio, sentencia absolutoria".

En la fundamentación de la censura el impugnante afirma la vulneración del derecho a la defensa e identifica la razón de dicho planteamiento, con la falta de respuesta por parte de los falladores de primera y segunda instancia a sus argumentos defensivos expresados en la audiencia pública, esto es, aquellos que hacen relación con la ausencia de dolo en el comportamiento del procesado, así como con el error de prohibición en que a su modo de ver éste actuó "al considerar que obraba lícitamente (sic) interpretando correctamente las disposicioens (sic) sobre notariado y registro vigentes para la epoca (sic)".

Afirma que lo que sucedió en este caso fue que el juzgador *a quo* como el *ad quem* despreciaron a la defensa, "negándole el derecho a plantear propuestas jurídicas, que auspiciaren un fallo absolutorio".

De lo anterior, previa solicitud a la Corte sobre la verificación de sus escritos, así como el recuento de sus alegatos en la audiencia pública y de los acápites pertinentes del fallo, el actor arguye que las sentencias de instancia adolecen de falta de motivación, lo que redunda en la violación de los artículos 1, 7, y 22 del C. de P.P. y 8 de la Ley 16 de 1972.

Tercer cargo:

Dice el demandante que otra causal de nulidad, radica en que:

"...en este proceso se aplicaron mal los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 219 del C.P., pues los hechos cuya apreciación correspondía hacer a las dos instancias, imposibilitaban adecuarseles (sic) a esos preceptos; los hechos, efectivamente se refirieron a estimar como un escrito sin categoría (sic) ni calidad de documento había sido dotado de un rango que nunca tuvo, para de ahí, deducir que resultaban aplicables los artículos (sic) mencionados, en lo concerniente con la tipcidad (sic), antijuridicidad y culpabilidad. Dicha aplicción (sic) incorrecta e ilegal de los artículos (sic) aludidos, derivo (sic) del desconocimiento de las reglas sobre derecho probatorio, violandose (sic) así (sic) las formas propias del debido proceso, que marcando pautas y cauces de seguimiento por el interprte (sic) fueron desacatadas. El debido proceso exigiu (sic) que las disposiciones referentes al derecho probatorio pudieran ser evacuadas en el caso de mi asistido (así (sic) no aplicarlas (incorrectamente) lo que comporto (sic) estudio y aplicación equivocados de los artículos (sic) que se mencionaron. Quiero aclarar con estos puntos de vista, que el enfoque ilegal y equivocado, de los episodios, genero (sic) la causal de nulidad aducida, porque el debido proceso, exigía (sic) no haberse dirigido la acción penal, en el sentido final plasmado por los dos fallos...".

"Estimo con todo respeto que el planteamiento de la primera causal de casación propuesta, contiene todos los ingredientes para provocar la nulidad según (sic) el desarrollo conceptual ofrecido en este momento ; sirve tanto para cada uno de los motivos explayados.

"Normas violadas como consecuencia de este motivo, son las ya referidos (sic), además de los arts. 246, 247, 248, 249, 254, 274 y 29 de la C.N.".

2- Demanda del representante de la parte civil: En atención a lo dispuesto por esta Sala en proveído de abril 4 de 1997 (fols. 11 y 12 c. de la Corte), tan sólo procede el análisis del segundo cargo, luego solo corresponde hacer el recuento de dicha censura.

Al amparo de la causal primera de casación consagrada en los artículos 220 num. 1° del C. de P.P. y 386 num. 1° del C. de P.C. el demandante acusa la sentencia de segunda instancia por violación directa de las siguientes normas:

"...artículos 1546 párrafo 2° del C. Civil por interpretación errónea, arts. 2341 y 2344 del C. Civil, por falta de aplicación; art. 55 C.P.P., párrafo 2°, totalmente, y párrafo 3°, parcialmente, por interpretación errónea; art. 107 del

C. Penal, por interpretación errónea (sic): 103 y 105 del C. Penal por falta de aplicación; art. 82, numerales 1, 2 y 3 del C.P.P., por falta de aplicación".

Como razones que demuestran la presunta violación, acude en extenso a diversos postulados del derecho civil y en especial, a aquellos relacionados con la responsabilidad civil contractual y extracontractual, como a continuación se reseña:

"La recta interpretación del 2341 del C. Civil, que impone al autor del daño extracontractual el deber jurídico de indemnización, implícitamente lleva envuelto el precepto de que el resarcimiento deberá comprender todo el daño causado y sólo este; y para el juzgador la obligación procurar a la víctima del hecho delictual una compensación equivalente al perjuicio. Este es uno de los elementos esenciales constitutivos de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración no cabe decretar indemnización alguna, porque en el campo extracontractual la ley no lo presume".

"Diferente es el caso de la responsabilidad contractual que consagra el art. 1546 del C. Civil, según la cual tiene origen en los contratos bilaterales, donde va envuelta la condición resolutoria, para que el contratante cumplido pueda pedir la resolución o el cumplimiento con indemnización de perjuicios, conocida como acción resolutoria o compensatoria, según el caso, para cuyo efecto se hace necesario acreditar LA EXISTENCIA DE LA OBLIGACION, EL INCUMPLIMIENTO DE ELLA, EL PERJUICIO Y LA RELACION DE CAUSALIDAD, entre éste y ese incumplimiento imperfecto o retardado. De acuerdo con la ley, entonces, la doctrina ha establecido que esta acción de reparación tiene la calidad de accesoria o consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato, o hacerlo cumplir, y que por lo tanto no procede su ejercicio aislado, se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto es desligar a las partes de sus obligaciones destruyendo el contrato o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas (mayúsculas del texto).

"Por eso es razonable advertir que al proceso ordinario de resolución de contrato con indemnización de perjuicios, no se le puede acumular una pretensión indemnizatoria de carácter extracontractual, porque debe ser despachada desfavorablemente, dada la técnica de la prueba y los supuestos a demostrar.

"A esta situación debe sumarse el hecho de que la ley procesal civil determina la condenación en perjuicios, como consecuencia de la propia actuación procesal, como acontece con la providencia que declara prósperas las excepciones; la que decreta el levantamiento de embargos; la que considera una actuación temeraria, que son producto de los mismos procesos y que no requieren declaratoria en proceso declarativo de conocimiento".

Justifica los anteriores pasajes consignados en la demanda afirmando que "Conviene hacer esta precisión porque por interpretación en contrario, tanto el juez de la primera instancia como el H.Tribunal Superior, han caído en el mismo error", y seguidamente glosa aquellos aparte del fallo acusado que se relacionan con el proceso de tasación e imposición de per juicios y, a renglón seguido, en el acápite "CONSECUENCIAS DE LA VIOLACION DE LAS NORMAS", se ocupa en cuestionar esas argumentaciones, de la siguiente manera:

"Se observa como el Tribunal hace producir al art. 1546 del C.C. efectos que en esa norma no se contemplan, deduciendo derechos que en ella no se consagran, lo cual constituye una aplicación indebida, cuando considera acumulable la pretensión indemnizatoria originada en el contrato, con la pretensión indemnizatoria originada en el delito.

"En efecto, la llamada acción indemnizatoria extracontractual, es hoy la llamada PRETENSION INDEMNIZATORIA EXTRACONTRACTUAL que supone una DEMANDA ORDINARIA, atendiendo ésta, el instrumento de ejercicio de la acción, contentiva de pretensiones, tendientes a provocar el proceso que debe concluir con una sentencia.

"Por su lado, surge la ACCION RESOLUTORIA DE CONTRATO CON INDEMNIZACION DE PERJUICIOS que da origen a la DEMANDA ORDINARIA CONTRACTUAL DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO, CON INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS QUE SUPONE UNA DEMANDA ORDINARIA, entendida como la anterior, con dos pretensiones acumuladas: la resolución y la subsidiaria de indemnización por incumplimiento. En esta, cuando existe cláusula penal, su reclamación suple la liquidación del perjuicio, porque se entiende que éste ha sido señalado cuantitativamente en forma anticipada.

"En consecuencia, cuando se formula esta pretensión en proceso ordinario civil, porque la jurisdicción es una sola, no se puede plantear en sede penal, ni viceversa, es decir si se formula en sede penal, no se puede plantear en sede civil. Si se llega a producir, surge la noción de litispendencia en el proceso civil y, por consiguiente, la excepción previa le puede poner fin a este. En el Penal, en caso contrario haría que la sentencia sea INEFICAZ". (mayúsculas del texto).

"Pues bien. En el caso que nos ocupa no hubo, jamás, proceso promovido, ante la jurisdicción civil, encaminado a obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados con el hecho punible, es decir, que haya tenido como causa petendi el ilícito de FALSEDAD Y FRAUDE PROCESAL.

"Si se observa detenidamente, lo que existe es un proceso civil ordinario de naturaleza contractual, en el que se pidió la RESOLUCION DE UN CONTRATO y la correspondiente indemnización de perjuicios por el incumplimiento de aquel, es decir encaminado a un objeto totalmente diferente...".

De lo anterior, el demandante acusa al Tribunal simultáneamente, de que "interpretó en forma errónea EL CONTENIDO DEL ART. 55 DEL C.P.P., parcialmente y dejó de aplicarlo parcialmente"; además aduce que como consecuencia de ese yerro de interpretación, el juzgador aplicó indebidamente el artículo 107 del C.P., por cuanto a su modo de ver "se colige, sin dificultad que se llamó ACCION CIVIL INDEPENDIENTE PARA LA REPACION (sic) DEL DAÑO OCASIONADO CON EL DELITO, a lo que es un PROCESO ORDINARIO CONTRACTUAL ocasionado por el INCUMPLIMIENTO...".

Afirma que "si la interpretación hubiese sido correcta... no hubiera dado APLICACIÓN INDEBIDA al art. 107 del C. Penal..., porque el daño material derivado del hecho punible sí pudo evaluarse mediante "experticio legalmente producido dentro del diligenciamiento".

En criterio del demandante, la múltiple violación de normas de derecho sustantivo y procesal que dice haber dejado explicada, condujo al Tribunal a "imponer a los condenados la restringida carga indemnizatoria que se mencionó, dejando como irrelevante el monto del daño y el perjuicio debidamente avaluado que aparece en autos, señalada a través de peritos idóneos, mediante dictámen (sic) cuya objeción fue imprósperа".

En consecuencia, solicita que se case parcialmente la sentencia del Tribunal, "ordenando al juez ad quo (sic) que se pronuncie sobre el daño material derivado de los hechos punibles que fueron avaluados pecuniariamente, con base en el dictámen (sic) que obra en autos, pues no existe duda que es ostensible el atentado de la sentencia contra las garantías fundamentales del actor civil".

IV. Alegato del Defensor no Recurrente

El representante judicial de los sentenciados Guido Brun Brun y Gilberto Darío de Jesús Saldarriaga, en calidad de sujeto procesal no recurrente, solicita se case la sentencia y en su lugar se dicte lo que en derecho corresponda, para cuya finalidad manifiesta, que coadyuva la demanda presentada en representación del procesado Wilbert Francis Bernard, pues considera que en la sentencia se sanciona "una conducta atípica", como quiera que el "...escrito 1013 de la Notaría Unica de San Andrés, en virtud de mandato legal fue expresamente declarado inexistente...", lo que indica a su modo de ver que no detenta el carácter de documento público señalado en el artículo 262 del C. de P. C.

V. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte desestimar las censuras incoadas en los libelos impugnatorios por el defensor y el representante de la parte civil, y por ende no casar la sentencia recurrida.

1. Demanda a nombre de Wilbert Francis Bernard

Con aplicación del principio de prioridad, enuncia el estudio de los cargos segundo y tercero propuestos por la vía de la causal tercera.

Segundo cargo:

Se refiere a los términos del mismo, para advertir "que contrario a lo alegado por el recurrente, la estructuración de una irregularidad como la denunciada redunda en la transgresión de la garantía del debido proceso, toda vez que cuando el sujeto procesal ha actuado en desarrollo de la audiencia pública exponiendo su criterio defensivo, o cuando inconforme con la determinación adoptada impetra su contenido, por manera se le ha cortado su derecho a la defensa, pues todo lo contrario, se ha posibilitado plenamente su ejercicio.

Si de cara a dichos planteamientos no se obtiene respuesta de los juzgadores, y por ello el actor se ve marginado de la posibilidad de acoger o desechar los criterios evaluativos plasmados en el fallo, surge la posibilidad de invalidar la decisión, en salvaguarda del debido proceso que impone que las determinaciones que se adopten han de estar debidamente sustentadas.

A lo anterior se agrega que el libelista incurre en el yerro de solicitar un fallo absolutorio, olvidando que la prosperidad de su reproche antes que determinar una decisión de esas características devendría en la anulación de la condena impugnada, a fin de subsanar la irregularidad y sólo en el evento de que se consideren acertadas las razones del recurrente, procedería una sentencia en ese sentido.

La propuesta y desarrollo de la causal tercera está supeditada a dictados de técnica casacional que imponen al censor la comprobación de sus alegaciones, principio al que no se supedita el contenido del reproche, en tanto que aquí, no se observa la falta de motivación por la que propugna el censor, tampoco se comprueba la ausencia de dolo o de la estructuración del error de prohibición que ameriten el fallo absolutorio requerido.

Del recuento de los fallos de instancia que conforman una unidad inescindible en todos aquellos aspectos corroborados por el *ad quem*, fácil se extrae que contrario a lo afirmado por el actor, en el texto de la condena no solo se reseñan los ejercicios defensivos, sino que además, se les da la correspondiente respuesta, la que resulta ser contraria a los intereses de quien los ha desplegado.

Basta revisar los apartes de las sentencias del *a quo* y del Tribunal, para colegir que por manera alguna adolecen de una indebida motivación, y teniendo en cuenta que el recurrente tampoco relaciona el contenido de los preceptos que anuncia como infringidos con la razón de ser de sus alegaciones, es indudable que el cargo no está llamado a prosperar.

Tercer cargo:

Destaca la Delegada la evidencia de que el censor desacierta en la escogencia del sendero de impugnación, como quiera que ha debido encaminarse por la causal primera de casación, en la medida en que la demostración de la ausencia de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad predicable de su defendido corresponde a dicho ataque.

Pretender en términos del recurrente el reconocimiento de la infracción al debido proceso, como consecuencia de un yerro de apreciación probatoria, que de todos modos en el caso objeto de estudio no se estructura, resulta un contrasentido, por cuanto la alegación de dicha premisa que se identifica como un error in iudicando, se relaciona en esta sede extraordinaria con la causal primera.

En virtud del postulado limitativo, imposibilitada se encuentra la Sala, y por ende la Delegada, para enmendar falencias como la puesta de presente, máxime cuando el desarrollo del reproche se muestra acéfalo de una cabal fundamentación, que antes que demostrar la razón de ser de sus afirmaciones, el actor simplemente expone algunas consideraciones, sin detenerse para nada en su comprobación, razón suficiente para sugerir su rechazo.

Primer cargo:

Previa referencia a los presupuestos que deben observarse cuando se acusa un error de hecho por suposición probatoria, destaca el Procurador, que contrario a ello, el recurrente se ve imposibilitado en comprobar la estructuración del vicio in iudicando, como quiera que el falso juicio de existencia por invención probatoria en modo alguno responde a la realidad fáctica que emerge diáfana de la actuación, pues, antes que haberse supuesto el documento sobre el cual recae la falsedad atribuida a su defendido, este fue aportado en debida forma al expediente y, apreciado con acierto por el fallador.

No resulta verdadera la afirmación inicial de la censura, en tanto es indiscutible que el decurso del fallo por manera se inventó o ideó la existencia de elementos de persuasión no incorporados al proceso, circunstancia que permite inferir que el inconformismo del recurrente se supedita en un todo a la evaluación probatoria de que fue objeto la minuta protocolizada con el numero 1013, premisa que no se identifica con el falso juicio de existencia que inicialmente sugiere.

A la desestimación del cargo no solo contribuye el hecho de que el censor tampoco se ocupe de la individualización del falso juicio de selección que supuestamente afecta la normatividad sustancial como le era exigible, sino que además hubiese relacionado in genere algunos de los preceptos aparentemente violados, cuando asevera que se infringieron las demás normas concordantes y pertinentes del ordenamiento penal y pro-

cesal penal; con lo que se imprime al reproche un grado de incertidumbre imposible de superar.

Sin perjuicio de lo expuesto en precedencia, suficiente para dar al traste con las aspiraciones de la defensa, para la Delegada es evidente que no le asiste razón al libelista cuando pregona que la minuta 1013 no revistc la connotación de documento público, por cuanto si bien es cierto que en el escrito obra la anotación de inexistente, también lo es que en el mismo se certifican circunstancias supuestamente acaecidas en la fecha allí indicada, que resultaron contrarias a la verdad.

Olvida el recurrente lo que se tiene por documento público según el artículo 251 del C. de P.C., cuyo texto transcribe el Delegado, para señalar que la minuta cuestionada al haber sido incorporada al protocolo bajo el numero 1013, fechada el 9 de octubre de 1989, adquirió dicha relevancia jurídica, y por ende se tiene como instrumento de prueba autorizado por un funcionario público, pues así se extrae de la constancia del 5 de octubre de 1989, refrendada expresamente por el Notario.

Aunado a lo anterior, se tiene que la falsedad ideológica en el documento público consiste en la anotación de inexistencia fechada el 5 de octubre de 1989, esto es cuatro días antes de que se suscribiera la minuta por Gilberto de Jesús Saldarriaga, quien supuestamente compareció a dicho acto, sin que se tenga ninguna justificación para dicha inconsistencia, máxime cuando se pretende hacer ver que la constancia obedeció a lo normado en el artículo 10 del Decreto 2148 de 1983, según el cual la referida anotación procede cuando han transcurrido dos meses desde la fecha de la firma del primer otorgamiento, y el otro u otros no se han presentado a suscribir el documento, circunstancia que no corresponde a lo sucedido en el caso objeto de análisis. Con base en lo anterior, considera válido lo señalado por el *a quo* a folios 101 y 102 del cuaderno No. 9, cuyo texto transcribe, para concluir que en estas condiciones la censura no tiene vocación de éxito.

2. Demanda de la parte civil

Segundo cargo:

Está llamado a la no prosperidad por las siguientes razones de orden técnico:

No hay lugar a predicar de una misma norma -art. 1546 del C.C. los sentidos concurrentes de interpretación errónea y de aplicación indebida; en tanto que por el primero, se aplica la norma que corresponde, pero haciéndole comportar efectos, alcances, consecuencias que la normativa no conlleva; y en cuanto al segundo sentido, la normativa aplicable no recoge ni se corresponde a los hechos materia del examen; por lo tanto predicar los dos sentidos a la vez, se torna excluyente.

No se entiende cómo censura que el Tribunal considera acumulable la pretensión originada en el contrato, con la pretensión indemnizatoria originada en el delito, cuando en la sentencia hizo perfecta claridad al respecto.

Yerra el impugnante al predicar del artículo 55 del C. P.P. interpretación errónea parcial, y a su vez, falta de aplicación parcial, pues en rigor de técnica los dos sentidos se tornan excluyentes, pues por lógica no se entiende como una norma puede ser interpretada erróneamente y a su vez objeto de falta de aplicación; luego por principio de limitación no ha lugar a desentrañar tal mixtura, luego la censura así invocada no debe prosperar.

En punto de la petición, no ha lugar a solicitar a la Corte que se case parcialmente la sentencia y consecuencialmente se ordene al juez *a quo* se pronuncie sobre lo casado; pronunciamiento que conforme al artículo 229 del C.P.P., corresponde exclusivamente a la Sala de Casación.

VI. Consideraciones de la Corte

1. Demanda a nombre de Wilbert Francis Bernard

Atendiendo el principio lógico de la prevalencia, se resolverá primero lo relativo a los motivos de nulidad propuestos en los cargos segundo y tercero del libelo.

Segundo cargo

La vulneración del derecho a la defensa de Wilber Francis Bernard la radica en que en las sentencias de primera y segunda instancia no se dio respuesta a las tesis defensivas que expuso en el curso de la audiencia pública, así como en el escrito que contiene la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la condena de primer grado, relacionadas con la ausencia de dolo y de un error de prohibición generado en la interpretación de las disposiciones del Decreto 2148 de 1986 por parte de su representado.

De dicho postulado, colige la violación de los artículos 1° "Debido proceso", 7° "Contradicción"-, 22 del C. de P.P. y el 8° de la Ley 16 de 1972, a efectos de requerir de la Corte un fallo de carácter absolutorio, en razón a la falta de motivación de la decisión cuestionada.

1. Lo primero que se advierte es que no acierta el libelista al pretender como efecto de la prosperidad del cargo por nulidad una sentencia absolutoria, pues si bien el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal dispone que cuando la nulidad afecte "exclusivamente la sentencia impugnada", la decisión del recurso es casar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo, tal hipótesis solamente se puede aplicar cuando con ello no se afecten garantías de los sujetos procesales, y lo lógico en el evento de

falta de motivación es que tuvieran oportunidad de conocer las razones de la condena para poder impugnar.

Sobre este punto, la Corte al explicar el reenvío de un proceso en el que se decretó la nulidad de la sentencia por defectos de motivación, dijo: "Se actúa de esta manera, con el fin de preservar el derecho que tienen todos los sujetos procesales de conocer la motivación de la sentencia, para, si no están de acuerdo con ella, interponer los recursos pertinentes. Dictar fallo de sustitución en este caso concreto, implicaría la preterinisión de una instancia porque la motivación que hiciera la Corte jamás podría ser controvertida" (Cas. Penal, sent. febrero 7 de 1994, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz).

2. De otra parte, no corresponde a la realidad la aseveración de que en las sentencias de primera y segunda instancia no se dio respuesta a los alegatos de la defensa, pues si se revisa el contenido de los fallos, lo que allí se observa es que además de que se hace una reseña de los argumentos defensivos supuestamente ignorados, se les responde negativamente.

Como bien lo señala el Ministerio Público, basta leer los folios 91 y siguientes del cuaderno No. 9, y del folio 205 en adelante del cuaderno de segunda instancia, para advertir en ellos la glosa respectiva a la audiencia pública y al contenido del escrito sustentatorio de la apelación interpuesta por el defensor, así como la respuesta dada a dichas actuaciones. Sobre el punto específico del dolo, y para citar solamente un aparte del fallo del Tribunal, se puede ver lo siguiente:

"El impulso volitivo perfectamente consciente orientado hacia la producción del hecho lesivo de la fe pública emerge con absoluta nitidez porque el funcionario conocía como el que más los antecedentes de la negociación prospectada entre los dos contratantes, ambos conocidos y amigos suyos de acuerdo con lo afirmado en la indagatoria; participó en el acuerdo sobre prórroga de la fecha para el otorgamiento de la escritura definitiva, del 20 al 22 de diciembre de 1988; y, el último de los mencionados días, expidió certificación a Hard Salled sobre su presencia en el Despacho Judicial con toda la documentación complementaria, con constancia final sobre la no comparecencia de Saldarriaga. Sabía, en consecuencia, el inculpado del significado de su conducta cuando contribuyó a la confección y protocolización de la minuta en la cual consignó afirmaciones completamente opuestas a la realidad, así como también cuando expidió la certificación subsiguiente, en idénticas circunstancias". (Folios 211 y 212). (destacado fuera de texto).

El requisito del numeral 4°, del artículo 180 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a que la sentencia debe contener el análisis de los alegatos y la valoración jurídica de las pruebas, no significa que la decisión deba tener un capítulo aparte de respuesta a los alegatos, como es frecuente verlo, incluso después de que ya se ha llegado a una conclusión, lo cual es absurdo, sino que en el desarrollo de la motivación se

respondan los planteamientos propuestos por las partes y se despejen las inquietudes e interrogantes que hayan sido formulados, para lo cual, obviamente, no es esencial que se tenga que dirigir de manera expresa y directa al sujeto procesal que presentó la argumentación.

Para el caso en estudio es inexplicable que el censor diga que no se le consideró la hipótesis del error de prohibición, cuando el análisis hecho en los fallos sobre las pruebas indicativas de la culpabilidad a título de dolo es claro y extenso, y especialmente cuando se afirma categóricamente que tenía plena conciencia del ilícito que estaba cometiendo.

Establecido que las sentencias de instancia sí cumplen con la sustentación requerida, ha de concluirse que el debido proceso fue observado, por lo tanto es muy claro que la decisión a tomar no puede ser otra que la improsperidad del reproche.

Tercer cargo

El impugnante enuncia en esta oportunidad "otra causa de nulidad", que radica en la violación de las formas propias del debido proceso, que se originó en que se aplicaron mal los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 219 del Código Penal, porque los hechos no se adecuaban a esos preceptos, pues se le dio la calidad de documento público a un escrito que según su parecer no tenía tal característica, infringiéndose de esta forma, "...las reglas sobre el derecho probatorio", por lo que no era procedente deducir lo concerniente a la "tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad".

Resulta evidente que los argumentos que el censor exhibe en este aparte del libelo no tienen relación con la causal tercera invocada, pues la inconformidad que manifiesta es que se hubiera considerado como público el documento para efectos de deducir la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, censura que debe formularse por la causal primera, como quiera que se trata de demostrar un error *in iudicando*.

La equivocación en la apreciación probatoria que trascienda a la selección de la norma aplicable no constituye una violación al debido proceso que deba subsanarse con nulidad, sino una falla de juicio que debe ser corregida mediante la sentencia de reemplazo. En ese orden de ideas, correspondía al demandante apoyarse en la causal primera, inciso segundo, precisar el error -de hecho o de derecho-, y demostrar su existencia y trascendencia, no quedarse, como lo hizo, repitiendo que el proceso es nulo, y dando como sustento que a los hechos del proceso no correspondía aplicar las normas que se emplearon, pues es claramente ilógico.

En consecuencia tampoco puede prosperar este reparo.

Primer Cargo. Violación indirecta de la ley sustancial.

a) El libelista aduce que los sentenciadores de instancia incurrieron en un error de hecho por suposición probatoria, pues según su criterio, en la actuación no existe prueba que permita fundamentar la responsabi-

lidad de su representado como autor de falsedad ideológica en documento público.

En el desarrollo del ataque el censor olvida que la falla imputada a la sentencia es "suposición de prueba", y en lugar de precisar cuál fue el medio probatorio que sin existir materialmente en el proceso se tuvo en cuenta para condenar, se dedica a predicar la inexistencia del objeto material de la falsedad, como quiera que en su opinión ni la escritura 1.013, ni la certificación posteriormente expedida con base en aquella tienen la categoría de documento.

Así las cosas, parece que el problema que pretendía plantear el defensor no es realmente de carácter probatorio, pues sobre lo que se declaró probado en relación con la conducta del Notario no hay controversia, en cambio sí critica que se le hubiera dado la calidad de documento público a los escritos expedidos por el acriminado, lo que indica que el reparo es directamente sobre un punto de derecho, de adecuación típica.

Otro factor de confusión que introduce el actor es la queja de que los juzgadores de instancia no valoraron la constancia dejada por el acusado al final de la escritura incorporada al protocolo, que le daba la condición de inexistente, con lo cual parece que en lugar de suposición de prueba lo que intenta demostrar es la omisión en la apreciación de un elemento de juicio.

b) De todas maneras, resulta acertada la observación de la Delegada, en el sentido de que al no existir el error de hecho anunciado el recurrente se ve ante la imposibilidad de demostrarlo, como quiera que el falso juicio por invención probatoria no tiene respaldo en el proceso, pues antes que haberse supuesto el documento sobre el que recae la falsedad atribuida a su defendido, fue aportado en debida forma al expediente y apreciado con acierto en el fallo acusado;

c) Al margen de lo anterior, para la Sala es claro que el Tribunal en la sentencia recurrida descartó acertadamente el argumento de la defensa, en el sentido de que la minuta 1030 no constituye documento público por cuanto el mismo Notario la declaró inexistente. Las razones dadas se transcriben a continuación:

"*Es necesaria una diferenciación fundamental sobre el particular: la mencionada minuta jamás podría tomarse como escritura pública, es cierto, pues precisamente el Notario de San Andrés procedió a la aclaración correspondiente, por falta de firma de uno de los presuntos otorgantes, en* aplicación de lo previsto en el artículo 10 del Decreto 2148 de 1983. Pero el documento se incorporó al protocolo, como lo ordena la mencionada norma, y allí quedó oficializado con capacidad para probar un hecho proclamado por el empleado oficial encargado ni más ni menos que de la función fedataria; porque quedó consignado que para efectos de cumplir con una promesa de contrato precedente acudió el señor Saldarriaga al

Despacho Notarial en una determinada fecha, cumplimiento presunto cuyas secuelas de orden jurídico no podía ignorarlas el Notario, frente a la pretendida ausencia del otro contratante, como se hizo constar allí mismo. Con la autoridad que le es propia, consignó sobre el particular la Superintendencia de Notariado y Registro, en la Resolución 3220 de 20 de junio de 1991 mediante la cual destituyó al Notario Francis Bernard, lo siguiente: 'Es cierto que la Escritura Pública no se perfeccionó como tal, pero el documento objetado en las condiciones es demostrativo de la comparecencia del otorgante Gilberto Darío de Jesús Saldarriaga y de su aprobación o asentimiento expreso de su contenido. Igualmente supone la inmediación del notario que como principio es aplicable a todo el proceso de perfeccionamiento de la escritura pública, incluyendo la rogación que no es otra cosa que el requerimiento del servicio por parte de los usuarios'.

"En cuanto a la certificación de 23 de enero de 1990, es conveniente resaltar que allí el Notario se refirió a la minuta que protocolizó en las circunstancias y por los motivos comentados en el aparte anterior; es decir que cumplió con una de las funciones propias de su cargo, como es la de 'expedir copias o certificaciones de los documentos que reposan en los archivos' de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Estatuto Notarial".

Tanto por las fallas en el planteamiento del cargo, como por la carencia de fundamento, es claro que debe ser desestimado.

2. Demanda de la parte Civil

Segundo cargo:

Violación directa de la ley sustancial - "CAUSAL PRIMERA ART. 368 N. 1° DEL C. P. C. Y 220 N. 1° DEL C.P.P.".

1. El libelista acusa la sentencia de ser violatoria en forma directa de los artículos 1546 párrafo 2° del C.C. por interpretación errónea; 2341 y 2344 ibidem, por falta de aplicación; 55 del Código de procedimiento Penal, párrafo 2° totalmente, y párrafo 3° parcialmente, por interpretación errónea; 107 del Código penal por interpretación errónea; 103 y 105 *ibidem*, por falta de aplicación; 82, numerales 1, 2 y 3 del Código de procedimiento Civil, por falta de aplicación.

No obstante que los anteriores son los sentidos de la violación fijados en la presentación del cargo, posteriormente en su desarrollo resuelve decir que respecto de los artículos 1546 del Código Civil, y 107 del Código Penal, se presentó una aplicación indebida, posición completamente contraria, pues la interpretación errónea inicialmente anunciada supone el acierto en la selección de la norma, mientras que a la aplicación indebida la caracteriza el desacierto en esa operación, razón por la cual es atinada la crítica del Ministerio Público.

En el mismo orden de ideas, es inexplicable que afirme que hubo falta de aplicación de los artículos 2341 y 2344 del Código Civil, cuando simultáneamente acepta que por concepto de perjuicios causados por el delito se condenó a los acusados al pago de una millonaria suma de dinero.

Si bien esas imprecisiones no son suficientes para desestimar la demanda, sí ponen en evidencia la falta de claridad del autor sobre el alcance de su inconformidad.

2. Para entrar en materia es necesario diferenciar dos hechos a saber: uno es el incumplimiento del contrato en que incurrió Gilberto de Jesús Saldarriaga, por el cual fue condenado en el proceso seguido en el Juzgado Civil del Circuito de San Andrés Isla, entre otros, al pago de la cláusula penal fijada en treinta millones de pesos ($30.000.000), a título de perjuicios, que fue la alternativa por la que optó el contratante cumplido "Inversiones Abdul Harb Ltda.", y como lo recuerda el impugnante, cuando existe cláusula penal su reclamación suple la liquidación del perjuicio, porque se entiende que este ha sido señalado cuantitativamente en forma anticipada.

Esto significa que la responsabilidad civil contractual fue dirimida en el proceso ordinario de resolución de contrato de promesa de compraventa, instaurado por Gilberto Darío de Jesús Saldarriaga mediante apoderado judicial, contra Compañía Inversiones Abdul Harb Ltda., al cual se acumuló el ordinario de resolución de contrato iniciado por Inversiones Abdul Harb Ltda. contra Gilberto Darío De Jesus Saldarriaga, además del de indemnización de perjuicios materiales y morales originados en las medidas cautelares que a instancias de Saldarriaga se aplicaron sobre bienes de la firma Inversiones Abdul Harb en proceso ejecutivo por obligación de hacer ya concluido.

Otros son los hechos juzgados penalmente en que incurrieron el Notario Wilbert Francis Bernard, (falsedad ideológica en documento público), y Gilberto Darío de Jesús Saldarriaga y Guido Gustavo Brun Brun, (fraude procesal), por los cuales se les impuso la obligación de pagar por concepto de perjuicios materiales cuarenta y tres millones doscientos nueve mil doscientos cuarenta y siete pesos con veintitrés centavos ($43.209.247.23), y por perjuicios morales el valor equivalente a mil (1.000) gramos oro.

Ahora, si bien es cierto que en el dictamen pericial rendido dentro del proceso penal la perito señaló como valor de los perjuicios una suma muy superior a la que finalmente se impuso en la sentencia, también lo es que eso se debió a que ella incluyó en el avalúo los perjuicios que estimó ocasionados por el incumplimiento del contrato de compraventa, los cuales en fallo anterior ya habían sido definidos por el juez civil, que era a quien correspondía señalarlos, pues como lo afirma el recurrente, la responsa-

bilidad contractual excluye la extracontractual, y no puede olvidarse que en el contrato ya se habían pactado en treinta millones de pesos.

Por esta razón acertó el Juez Penal al acoger solo en forma parcial la experticia, separando lo estimado estrictamente como perjuicios ocasionados por los delitos cometidos, de los atribuidos al incumplimiento del contrato, pues de no haberlo hecho así, se habría presentado una doble condena en perjuicios por el mismo hecho (incumplimiento del contrato), derivándole consecuencias contractuales y extracontractuales, que extrañamente, aunque el censor explica bien su improcedencia, es lo que pretende en la petición.

La imposibilidad de acumular indemnizaciones originadas en el contrato y en el delito la descartó con suma claridad el Tribunal en la confirmación de ese punto de la sentencia, y para advertirlo basta leer lo que expresa sobre el particular en los siguientes apartes:

"Y si lo anterior es así, como debe aceptarse que lo es, los perjuicios valorables dentro del proceso penal no pueden ir más allá de las consecuencias propias de los hechos delictivos" (...)

"De manera que pretender la inclusión como secuela de los delitos investigados para efectos de la estimación de los perjuicios causados, de aspectos tales como el daño emergente y el lucro cesante, en el primer caso por la paralización de trabajos, por las medidas cautelares que en principio se decretaron con motivo de la demanda que Saldarriaga formuló en San Andrés, y en razón del lucro cesante determinado igualmente por esos fenómenos relacionados con el incumplimiento y la demanda fundada en hechos no reales, pretender la inclusión de esos factores, se repite, equivaldrían ni más ni menos que tratar de obtener de la justicia un doble pago por las mismas razones. Lo cual desde luego no puede patrocinar el fallador del proceso penal".

Bastan las anteriores razones para concluir que no incurrió el sentenciador en la violación de las normas sustanciales que señala el casacionista, y que por lo tanto se debe desestimar el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, -Sala de Casación Penal-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, comuníquese, y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

El quebranto indirecto de la ley sustancial puede tener como génesis errores de hecho o de derecho. Los primeros se generan por falsos juicios de existencia (por suposición u omisión de la prueba) y de identidad (cuando se tergiversa o distorsiona su contenido fáctico). Los segundos, por falsos juicios de convicción que ocurren en tres casos: cuando existiendo tarifa legal, el fallador no le reconoce a la prueba el valor que la ley le da, o cuando le otorga uno que ésta le niega; o cuando no existiendo tarifa, el sentenciador erróneamente aduce que el medio probatorio tiene valor de plena prueba porque así lo establece determinada norma legal; o cuando no obstante señalar la ley prueba especial, el juzgador declara probado el hecho con un medio de prueba diferente (ver, entre otras, casación 12812 abril/98. M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel); y de legalidad (cuando han sido practicadas o incorporadas al proceso con vulneración de las normas que condicionan su validez).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Proceso No. 13222

Aprobado acta N° 127

Vistos

Resuelve la Corte la admisibilidad formal de las demandas de casación presentadas a nombre de los procesados Carlos Mario Franco Henao, Jose Domingo Patiño y Victor Manuel Valencia López.

Antecedentes

1. El Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá sintetizó los hechos así:

"Acontecieron el día 31 de octubre de 1994, siendo aproximadamente las 9:45 de la mañana, en las dependencias del Banco Ganadero, sucursal Country, de la calle 85 N° 13-66 de esta ciudad, cuando varios sujetos provistos de armas de fuego de corto y largo alcance asaltaron dicha entidad

crediticia, apoderándose de tres tulas contentivas de la suma de $150.000.000 en efectivo que la empresa transportadora de valores Brinks de Colombia pretendía entregar al banco, emprendiendo de inmediato la huida en el automóvil de servicio particular, marca Daewoo, de placas BDO-450, en el taxi Renault 9, de placas SEA-564 y en la motocicleta Suzuky de placas YNC-92; en este episodio le dieron muerte al vigilante Rafael Horacio Pineda Abaunza y dejaron heridos a los señores Helio Hernán Ruiz y Héctor Julio Díaz Montaña.

"Posteriormente, gracias a la labor de inteligencia de la SIJIN, dentro del inmueble ubicado en la carrera 103 bis sur N° 57B-35, del barrio Bosa La Libertad, se logró la recuperación de $ 13.000.000 en efectivo del botín sustraído y la incautación de ocho armas de fuego de diferentes marcas y calibres, entre ellas la hurtada al vigilante del Banco Ganadero, US $ 5.150 dólares, joyas en valor aproximado a $ 300.000.000 y otros elementos que aparecen relacionados en el acta N° 0140, vista al folio 13 de la actuación principal, lo mismo que el decomiso de los rodantes antes anotados.

"Durante el operativo se logró la aprehensión de Wilson Jiménez Velásquez, Eliana Clavijo Navarro, Víctor Valencia López, Jose Domingo Patiño, Carlos Mario Franco Henao y Martha Elisa López Vargas".

2. El Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia del 13 de junio de 1996, condenó a los procesados Wilson Jiménez Velásquez, Carlos Mario Franco Henao, José Domingo Patiño, Ariel de Jesús Osorio Morales y Rubén Reinoso Herrera a la pena principal de 48 años de prisión y a las accesorias de ley, como coautores de los delitos de homicidio agravado, homicidio tentado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. Al acusado Víctor Manuel Valencia López, a quien se le reconocieron las rebajas legales por colaboración eficaz, se le condenó a la pena principal de 40 años de prisión y a las accesorias de rigor, por los mismos delitos.

A las enjuiciadas Eliana Clavijo Navarro y Beatriz Velásquez Rodríguez se les condenó a la pena principal de 48 meses de prisión y a las accesorias de ley, en calidad de cómplices de los delitos de hurto agravado y calificado y como coautoras del porte ilegal de armas de defensa personal, siendo absueltas por los delitos contra la vida.

Inconformes con la anterior decisión, los defensores de los procesados interpusieron el recurso de apelación, el cual al ser desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, el 26 de agosto siguiente, la confirmó integralmente.

Contra el citado fallo de segunda instancia, los defensores de los procesados Carlos Mario Franco Henao, José Domingo Patiño y Víctor Manuel Valencia López interpusieron el recurso extraordinario de casación y dentro de los términos de ley presentaron las respectivas demandas.

LAS DEMANDAS DE CASACIÓN

1. Demanda presentada a nombre de Carlos Mario Franco Henao

El defensor del acusado, al amparo del cuerpo segundo de la causal primera de casación, en un solo cargo sostiene que el fallador de segundo grado vulneró indirectamente la ley sustancial, por error de hecho surgido de un falso juicio de identidad.

En el desarrollo de la censura asevera que el Tribunal se equivocó al tener a su defendido como coautor de los delitos por los que se le condenó.

Estima que dentro del plan criminal, su poderdante tenía como misión la de ser "campanero", es decir, vigilar que las autoridades no fueran a impedir el ilícito. Por tal motivo, la condena que por autor de los delitos de homicidio agravado, homicidio en grado de tentativa, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas le fue impuesta, se realizó sin tener en cuenta la verdad formal, además de que cuando el plan criminal se estaba apenas llevando a cabo, el procesado ya había sido capturado por la policía que transitaba por el lugar, aspecto éste que hace concluir, según su criterio, que no puede ser responsable a título de autor, sino de cómplice.

Con base en dichos argumentos, solicita que se case parcialmente la sentencia para que en su lugar la condena impuesta a su defendido lo sea a título de cómplice.

2. Demanda presentada a nombre de José Domingo Patiño

Al amparo de las causales tercera y primera de casación, el defensor del sindicado formula tres cargos contra la sentencia, así:

Cargo Primero

Sostiene que el fallo fue proferido en un juicio viciado de nulidad, con violación de los artículos 250 y 253 del Código de Procedimiento Penal.

Como irregularidades señala la negativa en la práctica de la diligencia de reconocimiento en fila de personas y que la instructora se limitó a investigar lo desfavorable al procesado.

En cuanto a la diligencia de reconocimiento, asevera que era procedente y debía realizarse con los empleados del banco asaltado y los funcionario de la transportadora de valores, elemento de juicio que hubiera permitido establecer si el acusado participó en los hechos.

En cuanto a la violación de la investigación integral, sólo sostiene que, de acuerdo con la legislación procesal, el funcionario judicial estaba en la obligación de investigar tanto lo desfavorable como lo favorable a su defendido, en razón a que la presunción de inocencia es uno de los derechos más importantes con que cuenta todo ciudadano.

Cargo Segundo

Considera que tanto la resolución de acusación como la sentencia acusada carecen de motivación respecto al grado de participación penal del procesado, por lo que se debe decretar la nulidad a partir de la primera de las providencias mencionadas.

En efecto, dice que en la extensa resolución de acusación ningún análisis se hizo en cuanto a la presunta actividad delictiva del sindicado. No obstante, siempre se le tuvo como coparticipe, sin especificar la actividad que cumplió en el desarrollo de los acontecimientos.

A renglón seguido, el demandante hace una explicación teórica en torno a la importancia de la resolución de acusación y la precisión de los cargos. Luego procede a transcribir apartes de las sentencia de primera y segunda instancia.

Posteriormente hace la siguiente afirmación:

"En el caso de mi representado José Domingo Patiño, ciertamente estuvo en el plan criminal y se le asignaron unas tareas, pero no hay prueba en el sentido de que él hubiera participado en la fase ejecutiva y de ahí precisamente, que el juicio de responsabilidad penal en cuanto a él concernía, hubiera sido completamente deficiente...".

Termina el reproche solicitando que se case parcialmente la sentencia y, en su lugar, proceda la Corte a declarar la nulidad parcial de la resolución de acusación.

Cargo Tercero

Con fundamento en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, el actor acusa al sentenciador de haber transgredido indirectamente la ley sustancial por errores de hecho en la apreciación de la prueba, "porque se tergiversó el contenido fáctico de la prueba porque desde el punto de vista de su contenido material va contra la evidencia que surge de ese contenido".

Luego de transcribir apartes de las decisiones de primero y segundo grado y de darle una personal óptica a los hechos, asevera que en el proceso no existe prueba de que el señor José Domingo Patiño hubiese intervenido en la etapa ejecutiva del plan, "y tan cierto es esto que los falladores de primera y segunda instancia, no pudieron concretar la actividad que realizó dicho señor en la fase ejecutiva del asalto".

Acepta que sí hay prueba indicativa de que el procesado participó en el plan criminal, pero, en su criterio, "no se probó que hubiera tomado parte en la fase ejecutiva y el simple acuerdo delictivo, no lo puede ubicar como coautor del hecho punible realizado y de los que de él se derivaron".

En conclusión, solicita que se case la sentencia y, consecuencialmente, se absuelva al procesado de los cargos imputados.

3. Demanda presentada a nombre de Víctor Manuel Valencia López

El libelista acusa al sentenciador de haber vulnerado indirectamente la ley sustancial por error de hecho, generado en un falso juicio de convicción, al argumentar el grado de certeza en torno a la responsabilidad del procesado en los hechos por los cuales fue acusado.

Luego de criticar que el fallo condenatorio respecto a la autoría se soportó sobre la teoría del dominio del hecho, dice:

"Una vez, como lo he hecho en otras demandas de casación, reiterar que cuando se trata de fundamentar la causal del recurso extraordinario de casación cuando tienen que ver con el valor que el sentenciador le da a un medio probatorio, no procede el recurso de casación, criterios que están siendo revaluados, por que no se compadece con la equitativa aplicación de la justicia, ya que de ser así, es decir, la no procedencia del recurso de casación, cuando se fundamenta la causal en la valoración de la prueba, llevaría a convalidar los excesos en que puedan incurrir los sentenciadores, ya que las sentencias no pueden estar fundadas a los arbitrios de los sentenciadores, sino que las mismas deben responder a lo que se ha probado en el proceso..".

Por lo anterior, termina advirtiéndole a la Corte que no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal para condenar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Las demandas presentadas por los defensores de los procesados Carlos Mario Franco Henao, José Domingo Patiño y Víctor Manuel Valencia López no reúnen los requisitos de claridad y precisión que exige el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal para su admisibilidad.

Respecto al escrito presentado por el defensor de Franco Henao, mediante el cual se acusa al sentenciador de haber incurrido en un error de hecho por falso juicio de identidad, yerro que lo condujo, en su criterio, a atribuirle al procesado la responsabilidad a título de coautor, y no de cómplice, se quedó en un simple enunciado.

En efecto, luego de plantear la hipótesis en torno a la causal escogida, la labor demostrativa la centró en oponerse al grado de participación del procesado en los hechos juzgados, esto es, aseverar que como era campanero, su responsabilidad debió ser a título de cómplice y no de autor, como se dedujo en las instancias, pero sin relacionar los medios de prueba que fueron erróneamente apreciados, ni señalar las distorsiones de su contenido material, ni la incidencia de los mismos en las conclusiones de la sentencia, es decir, cómo esos desaciertos técnicos llevaron al fallador a considerar al acusado coautor y no cómplice de los punibles imputados. Tales desatinos dan al traste con la demanda, pues la Sala, en virtud del principio de limitación, no puede entrar a corregirlos.

Son suficientes las anteriores razones para rechazar el libelo.

Corre igual suerte la demanda presentada a nombre de José Domingo Patiño, pues los cargos de nulidad se quedaron en simples enunciados, pues no se ocupa en demostrar la trascendencia de las irregularidades denunciadas, es decir, de qué manera habrían cambiado las conclusiones del fallo si se hubiese llevado a cabo la reclamada diligencia de reconocimiento en fila de personas.

Tampoco enseñó en qué consistió la vulneración al principio de la investigación integral, pues si bien se queja de que no se averiguó lo favorable al procesado, no relacionó los medios de convicción omitidos por el instructor ni demostró que de haber sido incorporados al proceso y confrontados abstractamente con los restantes elementos de juicio, habrían cambiado el sentido del fallo en favor de aquél.

En cuanto a la nulidad por falta de motivación respecto al grado de participación del acusado en los hechos delictuales, el libelista no sólo omitió demostrarla, sino la manera como esa ausencia en la precisión de la imputación dificultó en tal forma la defensa que concluyó en una sentencia condenatoria.

Por otra parte, apartándose de la causal de nulidad invocada y vulnerando el principio de autonomía, según el cual al interior del mismo cargo no se pueden mezclar ataques por diferentes causales, pasa a la causal primera cuando arguye que en el proceso no hay prueba de que su defendido hubiese participado en la fase ejecutiva de los punibles.

Finalmente, y en lo que concierne al reproche formulado por transgresión indirecta de la ley sustancial, por errores de hecho en la apreciación de la prueba, el demandante no demostró en qué consistieron tales desatinos ni su incidencia frente a las conclusiones del fallo. Además, vulnera el principio de no contradicción, al afirmar con relación a los mismos elementos de juicio, que fueron tergiversados, "desde el punto de vista de su contenido material", y que fueron supuestos, "no se probó que hubiera tomado parte en la fase ejecutiva", pues el segundo yerro implica que la prueba no obra materialmente en el proceso y el primero que sí, pero que se falseó su contenido fáctico.

Tal incertidumbre impediría a la Corte hacer un pronunciamiento de fondo, por lo que el rechazo del libelo se impone, máxime cuando en virtud del principio de limitación no puede oficiosamente remediar sus desaciertos, pues la demanda señala el camino a seguir y constituye la base de la sentencia de casación.

Por las anteriores razones la Sala procederá a rechazar la mencionada demanda.

Por último, y en lo que atañe a la demanda presentada a nombre de Víctor Manuel Valencia López, de su solo enunciado se infiere que no re-

úne los requisitos sustanciales que permitan un pronunciamiento de fondo, a través de la sentencia de casación.

En efecto, el censor acusa al sentenciador de haber cometido un "error de hecho manifiesto derivado de un falso juicio de convicción lo que generó un desconocimiento del artículo 247 del C. de P. P.", olvidando que el falso juicio citado es propio del error de derecho y no del enunciado.

Al respecto debe reiterarse que el quebranto indirecto de la ley sustancial puede tener como génesis errores de hecho o de derecho. Los primeros se generan por falsos juicios de existencia (por suposición u omisión de la prueba) y de identidad (cuando se tergiversa o distorsiona su contenido fáctico). Los segundos, por falsos juicios de convicción que ocurren en tres casos: cuando existiendo tarifa legal, el fallador no le reconoce a la prueba el valor que la ley le da, o cuando le otorga uno que ésta le niega; o cuando no existiendo tarifa, el sentenciador erróneamente aduce que el medio probatorio tiene valor de plena prueba porque así lo establece determinada norma legal; o cuando no obstante señalar la ley prueba especial, el juzgador declara probado el hecho con un medio de prueba diferente (ver, entre otras, casación 12812 abril/98. M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel); y de legalidad (cuando han sido practicadas o incorporadas al proceso con vulneración de las normas que condicionan su validez).

Cabe, igualmente, recordarle al censor que la sentencia en sede de casación viene amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, por lo que la simple discrepancia de criterios en torno a la valoración de la prueba, no constituye error de ninguna naturaleza, ya que el del fallador prevalece, siempre que respete las reglas de la sana crítica.

En conclusión, frente a los anotados yerros de las demandas y dado que a la Corte no le es permitido, en virtud del principio de limitación, entrar a suplir sus inconsistencias, se impone rechazarlas, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

RECHAZAR *IN LIMINE* las demandas de casación presentadas a nombre de los procesados Carlos Mario Franco Henao, Jose Domingo Paliño y Victor Manuel Valencia López. En consecuencia, se declaran desiertos los recursos interpuestos.

Contra esta decisión no procede ningún recurso (art. 197 del Código de Procedimiento Penal).

Devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IN DUBIO PRO REO/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ SANA CRITICA

En relación con la duda, la Sala reitera que existen dos alternativas para su reclamación: la primera, cuando el sentenciador la admite en relación con la existencia del hecho o la responsabilidad del procesado, pero, sin embargo, condena, caso en el cual el ataque debe formularse bajo los postulados de la violación directa. La segunda, cuando el fallo no la reconoce y, por tanto, condena, pero el recurrente demuestra a la Sala su existencia, por haberse incurrido en error de hecho o de derecho, o cuando la admite inexistiendo y, por consiguiente, absuelve, casos en los cuales debe invocarse bajo los lineamientos de la violación indirecta.

Darle credibilidad a unas pruebas y negársela a otras no configura desatino, sino que es el ejercicio de un poder discrecional conferido al juez por la propia ley y sólo limitado por la sana crítica, pudiendo, por ende, al analizar conjuntamente los medios de convicción acoger, para fundar su decisión, los que le merezcan credibilidad y desechar los otros.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Proceso No. 13336

Aprobado acta No. 127

VISTOS

Resuelve la Corte la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada a nombre de la procesada María Romy Rodríguez Espinosa.

ANTECEDENTES

1. El Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá los sintetizó así:

"Relacionan los autos que el señor Siervo Julio Garcés Ariza, representante legal de la Ferretería Mundial, a partir del día catorce (14) de agosto de 1991, detectó faltantes en las relaciones diarias de caja que elaboraba María

Romy Rodríguez Espinosa, consistentes en el cuadro de ventas diarias conforme a las sumas aritméticas, ya que allí se identificaban cheques constituidos por valores elevados que no tenían soporte contable, esto era, bien para el abono de facturas o créditos pendientes, medio ese por el cual se substraían el dinero, siendo posteriormente camufladas estas operaciones ilícitas a través de la creación de algunos títulos valores que eran relacionados en el respectivo consecutivo y que unos de ellos pertenecían a la cuenta corriente de la hoy condenada Clemencia Espinosa Vesga, vendedora de la aludida Ferretería, así como otros de persona diferente y que a la postre fueron devueltos por fondos insuficientes, firma no correspondiente con la registrada y chequera hurtada; faltantes que fueron estimados por el perito del C.T.P.J., en la suma de treinta y un millones ciento treinta mil setecientos ochenta y cinco pesos con noventa y nueve centavos ($31.130.785.99). Folios 1 a 26 y 440 al 442".

2. El Juzgado Once Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia del 26 de julio de 1996, condenó a María Romy Rodríguez Espinosa a la pena principal de 30 meses de prisión y a las accesorias de rigor, como coautora de los delitos de hurto agravado y falsedad en documento privado.

Inconforme con la anterior decisión, el defensor suplente la recurrió en apelación, la cual al ser desatada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, el 31 de enero de 1997, la confirmó parcialmente, ya que redujo la pena impuesta a 24 meses de prisión e, igualmente, el monto de los perjuicios, fallo contra el cual se interpuso el recurso extraordinario de casación.

La Demanda de Casación

El defensor de la acusada, al amparo del cuerpo segundo de la causal primera de casación, formula dos cargos contra la sentencia de segundo grado, así:

Cargo Primero

Como ataque principal sostiene que el sentenciador violó indirectamente la ley sustancial, por error de hecho generado en un falso juicio de identidad. Como normas transgredidas cita los artículos 217 del Código de Procedimiento Civil, 349, 351.2, 372.1 y 221 del Código Penal, "dejándose de aplicar en su lugar, los artículos 2, 9, 246, 247 y 445 del Código de Procedimiento Penal y los artículos 29 y 230 de la Constitución Política".

Luego de transcribir cada una de las normas en precedencia relacionadas, sostiene que los falladores de instancia emitieron juicio de responsabilidad, basados en la sentencia anticipada a que se acogió la coprocesada Clemencia Espinosa Vesga, "asunto que jurídicamente en nada puede comprometer la responsabilidad de mi defendida, pues la condena de mi patro-

cinada es consecuencia de haberse incurrido en errónea apreciación probatoria".

Asevera que en el proceso no está demostrado que la acusada hubiese incurrido en las conductas punibles que le fueron imputadas, tal como cree que, en su opinión, lo reconoce el sentenciador. Agrega que de la actuación no surge la certeza, pues "las pruebas allegadas al proceso carecen de la fuerza de convicción necesaria que conduzcan a la certeza del hecho punible y a la responsabilidad de mi representada".

A continuación se adentra en el estudio de los grados de conocimiento, para concluir que en favor de su defendida debió aplicarse la duda, conforme lo dispone el artículo 445 del C. de PP. Para apoyar esta afirmación y dándoles el carácter de errores, cita y transcribe apartes de la denuncia y sus ampliaciones, de la indagatoria rendida por la procesada y su ampliación, de las inspecciones judiciales realizadas y, por último, de la confesión de la otra coprocesada.

Finaliza solicitándole a la Corte case la sentencia impugnada y, en consecuencia, absuelva a la procesada.

Cargo segundo

Apoyándose en la totalidad de la normas citadas en el anterior reproche, acusa al sentenciador de haber transgredido indirectamente la ley sustancial por "aplicación indebida".

Considera que lo errores cometidos son los siguientes:

a) Haberle dado credibilidad a la confesión de Clemencia Espinosa Vesga, no obstante incurrir en serias contradicciones.

b) Haberle dado a las inspecciones judiciales un alcance probatorio que riñe con la realidad fáctica, sin olvidar, dice, que "no pueden tener valor absoluto porque la ley no tiene tarifa de valor de ninguna prueba judicial". Además, agrega, no se probó que los cheques supuestamente apócrifos hubiesen sido falsificados por la procesada.

c) No haberle otorgado el valor correspondiente, de conformidad con la ley, a la denuncia penal, sus ampliaciones y la indagatoria de su defendida.

d) No haberse valorado favorablemente los testimonios que obran en el proceso, máxime si se tiene en cuenta que de allí no surge ningún cargo contra su procurada.

Por tanto, teniendo como base los precedentes "errores", finaliza la censura solicitando a la Corte case la sentencia recurrida para que en su lugar absuelva a María Romy Rodríguez Espinosa.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De la sola lectura del libelo se advierte que el censor desconoce en su totalidad los parámetros que rigen el extraordinario recurso de casación, ya que el escrito no reúne los requisitos que para su admisibilidad exige el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

En efecto, el numeral tercero de la citada norma establece que es obligación del demandante, además de señalar la causal y citar las normas que estime infringidas, indicar, en forma clara y precisa, los fundamentos en que soporta su ataque contra la sentencia.

Tal presupuesto no fue cumplido en la confección del libelo, así:

Respecto al primer reproche, si bien es cierto que de la hipótesis planteada se advierte que la denuncia en contra del fallo es por haber transgredido indirectamente la ley sustancial, por error de hecho generado en un falso juicio de identidad, sin embargo en la fundamentación se aparta totalmente de ese postulado para, antitécnicamente, como si se tratara de una alegación de instancia, oponer sus apreciaciones probatorias a las del fallador, sin demostrar ningún desacierto atendible en casación, para que la Corte escoja entre ellas, ignorando que no es posible, pues tal valoración es propia de las instancias y que la sentencia llega a esta sede amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, por lo que el criterio del juzgador prevalece.

En efecto, luego de citar las normas presuntamente transgredidas, basa el ataque en que el juzgador profirió fallo de condena sin contar, según su propia estimativa, con la certeza requerida, tanto sobre la existencia de los hechos punibles como de la responsabilidad de la acusada y desconociendo la duda existente en su favor, pero sin señalar en qué consistió el falseamiento o distorsión del contenido fáctico de la prueba, ni la manera como esa tergiversación llevó al fallador a desconocer la duda y estimar que había certeza para condenar.

Con relación a la duda, la Sala reitera que existen dos alternativas para su reclamación: la primera, cuando el sentenciador la admite con relación a la existencia del hecho o la responsabilidad del procesado, pero, sin embargo, condena, caso en el cual el ataque debe formularse bajo los postulados de la violación directa. La segunda, cuando el fallo no la reconoce y, por tanto, condena, pero el recurrente demuestra a la Sala su existencia, por haberse incurrido en error de hecho o de derecho, o cuando la admite inexistiendo y, por consiguiente, absuelve, casos en los cuales debe invocarse bajo los lineamientos de la violación indirecta.

Igual suerte corre el segundo cargo aducido, por cuanto además de no señalar el error y el falso juicio que generó la demandada violación indirecta de la ley sustancial, la labor demostrativa la centró en atacar la credibilidad otorgada por el fallador a medios de convicción no sometidos.

en cuanto a su valoración, al método de la tarifa legal sino de la sana crítica, en la que el juez goza de facultad para apreciarlos, solo limitada por la ciencia, la lógica y la experiencia.

Darle credibilidad a unas pruebas y negársela a otras no configura desatino, sino que es el ejercicio de un poder discrecional conferido al juez por la propia ley y solo limitado por la sana crítica, pudiendo, por ende, al analizar conjuntamente los medios de convicción acoger, para fundar su decisión, los que le merezcan credibilidad y desechar los otros.

Frente a los anotados yerros de la demanda y dado que a la Corte no le es permitido, en virtud del principio de limitación, entrar a suplir sus inconsistencias, se impone su rechazo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

RECHAZAR *IN LIMINE* la demanda de casación presentada por el defensor de la procesada María Romy Rodríguez Espinosa. En consecuencia, se declara desierto el recurso extraordinario de casación interpuesto.

Contra esta decisión no procede recurso alguno (art. 197 del C. de P.P.).

Devuélvase al Tribunal de origen.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

En tratándose de yerro en la adecuación típica dentro de un mismo capítulo o especie delictiva, lo procedente es la invocación de la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial, pues no se trata de un error en la selección del género sino de la especie delictiva.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Proceso No. 9790

Aprobado Acta No. 127

Resuelve la Corte el recurso de casación impetrado por el defensor del procesado Diego Augusto Martínez Montoya contra el fallo proferido el 9 de mayo de 1994 por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, que confirmó el de primera instancia del Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de la misma ciudad de fecha 9 de febrero inmediatamente anterior, mediante el cual condenó al referido Martínez Montoya y a Luis Alberto Sánchez Ruiz a la pena privativa de la libertad de treinta (30) meses de prisión y accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal, como coautores del delito de falsedad material de particular en documento público, agravado por el uso, otorgándoles el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Hechos y Actuación Procesal

Mediante denuncia formulada por la señora Gloria Amparo Cuéllar Moreno, Gerente General de la Compañía Líder de Seguridad Ltda., con sede principal en la ciudad de Santa Fe de Bogotá D. C., se sabe que con el objeto de renovar la licencia de funcionamiento de la empresa para el año de 1990 (trámite que debía adelantarse ante el Departamento de Policía Metropolitana -SIJIN- de esta ciudad), en reunión del 20 de ese año ordenó a sus subordinados Diego Augusto Martínez Montoya, Asesor Financiero Externo y al Capitán (r) Luis Alberto Sánchez Ruiz, Gerente Regional, organizar la documentación pertinente, dentro de la cual debía

aparecer un paz y salvo de aportes, expedido por el Instituto de Seguros Sociales. Sostiene la denunciante que las personas mencionadas, por negligencia, y de 'buena fe', cambiaron la fecha de una certificación expedida por el ISS el año anterior (1989), donde constaba que la mencionada Compañía presentó un reclamo por aportes el día 6 de abril de 1989 el cual no se había resuelto, y en fotocopia autenticada, la presentaron ante la SIJIN con los demás documentos que hacían parte de la solicitud de renovación de la licencia de funcionamiento.

La investigación fue iniciada por el Juzgado 44 de Instrucción Criminal de esta ciudad el 12 de julio de 1990 (fol. 23), siendo vinculados mediante indagatoria los mencionados empleados (fol. 65 a 70 y 79 a 84), quienes negaron su participación en los hechos, no obstante lo cual mutuamente presentaron acusaciones recíprocas sobre la responsabilidad de la falsificación del documento. El instructor dictó en su contra medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de excarcelación el 26 de abril de 1991 (fol. 91 y ss.).

Allegadas varias pruebas documentales y recepcionados algunos testimonios, se clausuró la etapa instructiva el 12 de agosto de 1993 (fol. 137) y luego de surtido el traslado de ley, el Fiscal 152 de la Unidad Octava de Patrimonio calificó su mérito mediante Resolución Acusatoria de fecha 14 de septiembre siguiente, la que quedó en firme por no haber sido impugnada.

Recibido el proceso por el Juzgado 25 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá el 6 de octubre de 1993 se dio aplicación al artículo 446 del Código de Procedimiento Penal (fol. 166), llevándose a cabo la diligencia de audiencia pública el 18 de enero de 1994 sin que asistieran los acusados (fols. 259 y ss), dándose paso a la sentencia de primer grado de fecha 9 de febrero del mismo año (fols. 289 y ss), cuyas determinaciones fueron consignadas en párrafo precedente.

Recurrida por el defensor de Martínez Montoya, la Sala Penal del Tribunal Superior de esta ciudad la confirmó integralmente el 9 de mayo siguiente y contra ésta el mismo profesional interpuso el recurso extraordinario de casación.

La Demanda

El defensor del procesado Diego Augusto Martínez Montoya presenta contra el fallo dos cargos con apoyo en los motivos 1° y 3° de casación previstos en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal. El primero como principal por violación directa de la ley sustancial. El segundo y en forma subsidiaria, por haberse dictado sentencia en juicio viciado de nulidad por falta de defensa.

Cargo primero

Lo hace consistir el actor en que el juzgador incurrió en error de derecho, por equivocada selección de la norma penal sustancial aplicable al caso concreto, ya que la conducta de su representado se halla prevista en el artículo 228 del Código Penal y no la del 220 *ibidem*, si se tiene en cuenta que para el momento en que se adulteró la fecha de la constancia expedida por el Instituto de Seguros Sociales (5 de julio de 1990), la reclamación presentada por la Compañía Líder de Seguridad Ltda. el 6 de abril de 1989, aún no había sido decidida.

Estima el libelista que si bien es cierto que los dos comportamientos delictivos se hallan descritos en un mismo Capítulo "De la falsedad en documentos", también lo es que punitivamente tienen sustanciales diferencias, pues la falsedad material de particular en documento público, se sanciona con pena de prisión de dos (2) a ocho (8) años, lo que comporta que se imponga como pena accesoria la interdicción de derechos y funciones públicas, en cambio, la falsedad para obtener prueba de hecho verdadero, se sanciona con pena de arresto de tres (3) meses a dos (2) años), la que permite al juzgador en forma discrecional imponer o no penas accesorias.

Concluye que "cuando el Legislador redacta y pone en vigencia el artículo 228 del Código Penal está expresando una voluntad o intención, dentro de los perfiles de la escuela culpabilista que informa nuestro Código Penal, para darle un tratamiento a quien realiza dicha descripción, esencialmente diferente al que se le da a la persona que realiza la descripción contenida en el artículo 220 de la misma obra, constituyendo esta reflexión un argumento más para demostrar la ilegalidad del fallo impugnado" (fol. 31 cuad. Tribunal).

Cargo segundo

De manera subsidiaria, el actor estima que la sentencia de segundo grado fue dictada en juicio viciado de nulidad (numeral 3° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal), es decir, por violación del derecho de defensa, pues la Resolución de Acusación proferida por el Fiscal 152 de la Unidad Octava de Patrimonio, en el relato de los hechos describe la conducta tipificada en el artículo 228 del Código Penal, no obstante lo cual se acusa por falsedad material de particular en documento público agravada por el uso y así se dicta sentencia en contra de su representado y otro acusado, como coautores, sin que exista prueba de quién alteró la fecha del certificado expedido por el Instituto de Seguros Sociales, o sea, que no existe la posibilidad de "establecer que los dos (2) sindicados tuvieren individualmente la capacidad para agotar el hecho, o en otros términos establecer que los dos sindicados, son igualmente autores y no podría ser de otra manera, esto es un autor y un cómplice" (fol.32).

Agrega que igualmente se violó el derecho de defensa en la Resolución de Acusación, pues ignoró "un proyecto probatorio planteado por la defensa, circunstancia esta que desconoce los principios o normas rectoras del procedimiento penal", al no permitir que se allegaran al proceso los respectivos instrumentos de carácter probatorio que constituyen la base fundamental del discurso defensivo.

Finalmente, dentro del mismo cargo, el libelista descalifica la actuación administrativa adelantada por la empresa de vigilancia y con la cual la denunciante respaldó su dicho, por considerar que su aducción al proceso se realizó con desconocimiento de lo previsto en el inciso sexto del artículo 29 de la Carta Política, es decir, que su nulidad absoluta no se pone en duda, así como tampoco el atentado al derecho de defensa, pues los juzgadores desconocieron el mandato superior y el contenido del artículo 246 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita en consecuencia se case el fallo de segunda instancia y en su lugar se dicte el que legalmente corresponda o, subsidiariamente, declarar la nulidad del proceso con indicación del estado en que queda para ser remitido a la oficina respectiva.

El Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, lógicamente analiza primeramente la censura presentada a través de la causal de nulidad, de la cual afirma cómo el actor incurre en evidentes yerros técnicos conceptuales que imposibilitan la prosperidad de la pretensión.

Luego de señalar las reglas que la jurisprudencia de esta Sala ha precisado entratándose de la acusación por la vía de la causal tercera de casación, el Ministerio Público advierte que dichos presupuestos fueron desconocidos por el acusador al presentar los motivos de nulidad como subsidiarios de la violación directa de la ley sustancial, cuando ha debido hacerlo como principal visto su efecto en la estructura del proceso, además que retoma los argumentos expuestos en el cargo primero sobre el yerro sobre adecuación típica.

No obstante lo anterior, estima la Delegada que la pretensión de nulidad por errónea calificación no está llamada a prosperar, pues no se puede pretender que exista yerro en la calificación del mérito de la instrucción respecto de la especie sino con relación al género delictivo. Y con relación a la participación o intervención delincuencial determinada para los acusados, considera el Ministerio Público que ello no es propio de impugnación por vía de nulidad, incurriendo el actor en error al entremezclar aspectos relativos a la calificación de la instrucción con los atinentes a la valoración probatoria, como cuando afirma que el funcionario no tuvo en

cuenta "un proyecto probatorio planteado por la defensa", proceder que constituye una violación clara al principio de la autonomía de las causales.

Hace referencia la Delegada a la presunta violación del debido proceso por la incorporación al expediente de los documentos correspondientes a la investigación administrativa interna adelantada por la compañía de vigilancia, para afirmar que el actor confunde el principio constitucional que establece que la prueba ilícita es nula de pleno derecho, con las irregularidades que dan lugar a la nulidad del proceso.

Agrega que jurisprudencialmente se tiene establecido que el hecho de que una prueba sea nula, no invalida la conformación estructural de la actuación, pues simplemente afecta la prueba en sí misma sin que pueda comunicar su vicio al resto de la actividad procedimental que conserva su autonomía, sanción que lleva como consecuencia el que no pueda tenerse en cuenta en la decisión, salvo que se demuestre la existencia de un error que afecte la estructura formal del proceso de manera que desvirtúe las fases esenciales del mismo.

Al respecto, el Ministerio Público destaca que el recurrente no explica en qué consistió la supuesta ilegalidad por el "incumplimiento de las formalidades procedimentales" respecto al aporte de la documentación correspondiente a la investigación administrativa particular adelantada por la Empresa de vigilancia, pues ella fue allegada en la etapa preliminar, sin que ello signifique que se haya afectado el derecho de defensa, ya que es la propia ley la que establece que uno de los fines de ese período es el de obtener pruebas sobre los autores y partícipes del hecho punible, de manera que dichos medios pueden ser apreciados en el fallo conforme a las previsiones del artículo 253 del Código de Procedimiento Penal, teniendo los sujetos procesales amplias oportunidades para controvertir su contenido y la sindicación que las pruebas permiten hacer a los procesados.

En relación con el cargo primero, esto es, por violación directa de la ley sustancial, en criterio de la Delegada le asiste razón al recurrente, pues el comportamiento de los condenados en verdad consistió en que falsificaron un documento probatorio legalmente expedido y preexistente, en la fecha de expedición del mismo por el Instituto de Seguros Sociales, en el que se consignaba que la compañía Líder de Seguridad Ltda. para el 6 de abril de 1989, había presentado una reclamación y la misma se encontraba en trámite.

Agrega que los acusados se limitaron a actualizar ilegalmente la fecha de la certificación auténtica expedida por el ISS para el año de 1989, manteniendo el mismo contenido ya que se limitaron a borrar el último renglón para reemplazar la fecha, dándole vigencia al documento para el 5 de enero de 1990, fecha en la cual la situación de indefinición de la reclamación todavía se mantenía.

Concluye que la verdad del contenido del documento no se alteró, pero ello no significa que haya error en la adecuación típica de la falsedad, pues es evidente la adulteración de la fecha de la certificación por acción de terceros extraños a la entidad oficial del Estado lo cual corresponde con exactitud a la descripción típica del artículo 220 el Código Penal. Además, es claro que el concepto de lo falso en los documentos se refiere a la oposición a la verdad del acto documental por sí mismo, independientemente de su contenido.

En el presente caso, destaca la Delegada que la entidad oficial no creó el documento con la fecha puesta por los falsarios, lo cual se torna falso desde el punto de vista formal de los documentos con capacidad de prueba, luego la adecuación típica correcta es la de la sentencia, con el agravante de su uso de acuerdo con el contenido del artículo 222 del Código Penal por el uso.

No obstante lo anterior, afirma el Ministerio Público que existe en la ley penal colombiana la figura del artículo 228 del Código Penal, que constituye disposición atenuante de todas las modalidades de falsedad documental, si el documento falso se refiere a un contenido verdadero, pues la descripción allí determinada no hace referencia a una conducta autónoma, sino que se remite a las típicas del capítulo, para disminuir considerablemente la pena en el caso de que se falseen documentos probatorios de hechos verdaderos.

Así las cosas, considera que habrá de admitirse que no existe error en la adecuación típica, sino la falta de aplicación de una norma legal que establece una atenuación de punibilidad por referirse lo falso documental a una verdad material del mundo externo al documento mismo, razón por la cual en el campo de la violación directa, sigue siendo cierto que se dejó de aplicar la diminuente de punibilidad.

Por lo anterior, estima la Delegada que dicha circunstancia, a pesar del error teórico del recurrente respecto de los artículos 220 y 222 del Código Penal, no enerva la corrección de la acusación, lo que permite casar la sentencia recurrida por violación directa de la norma sustancial inaplicada, pues representa un beneficio de pena ostensible respecto de los autores de la falsedad pública que se comenta, ya que en ese caso la pena es de arresto y su *quantum* disminuye, además que les permite gozar de inmediato de su libertad a través del subrogado de la condena de ejecución condicional, sin que resulte forzoso condenar a pena accesoria alguna, según la estimación que haga la Sala en el fallo de reemplazo.

Consideraciones de la Corte

Por razones de técnica, procede la Corte a responder las acusaciones presentadas por el actor en un solo cargo por vía de nulidad y por último,

lo relativo a la censura basada en la causal primera de casación prevista en el artículo 220 del estatuto procedimental penal, para guardar un orden lógico, ya que de llegar a prosperar alguno de los reparos que se hacen al procedimiento con incidencia en el debido proceso o al derecho de defensa, la Sala estaría relevada de hacer cualquier pronunciamiento respecto de la censura principal.

El actor, en su libelo no indica a partir de qué momento considera que se ha presentado vicio procesal sustancial, aunque todo parece indicar que su pretensión apunta a que se declare la nulidad desde la resolución de acusación, cuando manifiesta que el instructor, "al hacer un relato de los hechos expresa que al cambiar la fecha de la certificación expedida por el Instituto de los Seguros Sociales, se buscaba ahorrarse el trámite ante dicha entidad, en otros términos la Fiscalía entiende que lo que allí se hizo fue una falsificación en documento público para obtener prueba de hecho verdadero (artículo 228 del Código de Procedimiento Penal sic).

Lo que el funcionario judicial consignó en el capítulo de los hechos, fue la narración que hicieran tanto la denunciante como los presuntos implicados respecto de la adulteración de la fecha en el documento tantas veces mencionado. Por parte alguna, en la Resolución de Acusación se hace mención al tipo penal alegado por la defensa, sino que expresamente se ubica la conducta en los artículos 220 y 222 del Código Penal.

Además, como atinadamente lo destaca la Delegada, la acusación no podía plantearse por la vía de nulidad, ya que entratándose de yerro en la adecuación típica dentro de un mismo capítulo o especie delictiva, lo procedente es la invocación de la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial, pues no se trata de un error en la selección del género sino de la especie delictiva.

Tampoco acierta el libelista en cuanto a la censura relacionada con el grado de participación de los dos acusados al afirmar que "se habla de coautoría sin que aparezca plenamente demostrado en el proceso quien fue la persona que alteró la fecha de la certificación expedida por el Instituto de los Seguros Sociales; y realmente no cabe la posibilidad para señalar que los dos (2) sindicados tuvieren individualmente la capacidad para agotar el hecho".

El Fiscal en el mencionado proveído y en forma expresa consignó que "los dos implicados son personas imputables, con capacidad de autodeterminación y conocimiento de sus actos y que conociendo que el actuar así era reprochable encaminaron su voluntad a la realización de la conducta y por tanto deberán responder penalmente en calidad de copartícipes, pues los dos implicados sabían que existía una certificación del I.S.S. del año anterior y estuvieron de acuerdo en cambiarle la fecha y volverla a presentar

ante las autoridades para evitarse los trámites" (fols. 154 y 155 cuad. No. 1).

Así las cosas, no admite duda que la acusación se hizo en forma clara, sin que en el curso del juicio se hubiese desvirtuado el grado de participación que se le endilgó al recurrente, además que de haber tenido ocurrencia, el ataque a la sentencia tenía que ser por la vía de la causal primera de casación por inaplicación del artículo 24 del Código Penal, mas no como motivo de nulidad.

Finalmente, en relación con la aducción al proceso de la actuación administrativa de carácter privado realizada por la compañía Líder de Seguridad Ltda., la Sala hace suyas las consideraciones de la Delegada y que no es del caso repetir, aunque debe agregar que la misma fue allegada al momento en que la representante legal señora Gloria Amparo Cuéllar Moreno amplió ante el instructor su denuncia escrita, precisamente para corroborar su dicho.

Tal actuación dio lugar a que el Juzgado 44 de Instrucción Criminal, mediante proveído de fecha 12 de julio de 1990, sin necesidad de recurrir a la etapa de averiguación previa, consignara expresamente que "en virtud a las diligencias aportadas como mérito para proferir auto cabeza de proceso y en consecuencia declarar abierta la correspondiente investigación", con lo cual no existe duda alguna que su aducción fue legítima y que a partir de ese momento procesal quienes fueron vinculados a la investigación penal como autores del hecho punible, tuvieron la oportunidad amplia de controvertir las pruebas.

Así mismo, debe destacarse que en desarrollo de la instrucción, dicha actuación administrativa tuvo especial comprobación por diferentes medios probatorios. Además, el procesado Diego Augusto Martínez Montoya, en su indagatoria hizo expresa mención a ella, sin que por parte alguna la impugnara (fols. 65 y ss).

El cargo no prospera.

Tampoco la censura que presenta como principal está llamada a prosperar, por cuanto la infracción investigada y juzgada corresponde a la descrita en el artículo 220 del Código Penal, agravada por la circunstancia prevista en el artículo 222 *ibidem*, luego los juzgadores de instancia no incurrieron en error de selección normativa como lo afirma el casacionista.

Es claro que para el momento en que se expidió la certificación por parte del Instituto de Seguros Sociales, efectivamente la empresa de vigilancia privada había acabado de presentar una reclamación o reliquidación de los aportes, pero para el 5 de enero de 1990 cuando debía solicitar el correspondiente paz y salvo para ser agregado a la documentación reque-

rida para obtener la licencia de funcionamiento; a pesar de que la entidad no había dado respuesta favorable a la petición, lo cierto es que la deuda aumentaba y por lo tanto, como lo advierte el procesado Martínez Montoya en su injurada, "todos los dueños eran conscientes de que con el Seguro Social había problemas desde el año de mil novecientos ochenta y seis y que por tal razón y debido a la alta deuda que tenía la compañía con ese Instituto era imposible que éste estuviera (sic) un paz y salvo por concepto de aportes" (fol. 67 cuad. No. 1).

Prueba de que el Instituto del Seguro Social no expediría paz y salvo a la Compañía Líder de Seguridad Ltda., es que ésta figuraba con una deuda a partir del mes de septiembre de 1986, que para el mes de junio de 1990 ascendía a $ 3'975.888.00, la que se incrementó en el mes de mayo de 1991 a $ 5'828.505.00, suma esta que fue refinanciada por el Instituto mediante pagos mensuales.

El primer compromiso era de $ 1'033.505.00 del cual se hicieron dos abonos por la suma total de $ 594.693.00, es decir, que no canceló $438.812.00 pues ninguna de las entidades recaudadoras hasta el 11 de febrero de 1994, había reportado su pago. Esta información se registra en el oficio STC No. 246 de dicha fecha (fol. 321 Cuad. No. 1).

De lo anterior debe concluirse que el cambio de fecha de la certificación que se realizó con pleno conocimiento de los acusados y presentada en fotocopia autenticada ante la SIJIN de Santa Fe de Bogotá por Luis Alberto Sánchez Ruiz según lo admite en su indagatoria, tenía la finalidad de eludir la obligación de presentar el paz y salvo del Instituto de Seguros Sociales, pues bien sabían que la reclamación o refinanciación estaba referida a la deuda anterior a la solicitud y que en manera alguna podía cobijar las obligaciones posteriores a ella.

Así las cosas, al hacerse aparecer la constancia con fecha 5 de enero de 1990 como el momento de su expedición, se estaba haciendo figurar como cumplidos los compromisos económicos posteriores a la reclamación, lo cual no era hecho verdadero, y por lo tanto la aplicación del artículo 228 del Código Penal que reclama el censor y acepta la Delegada como circunstancia atenuante de la conducta no se presentaba, pues la finalidad de la adulteración del documento no era demostrar que se hallaba pendiente una reclamación, sino también que la empresa se encontraba a paz y salvo por razón de aportes, con excepción a los ciclos anteriores a la real fecha de expedición del documento.

Así las cosas, no logra el censor demostrar que en la sentencia recurrida el Tribunal dejó de aplicar el artículo 228 del Código Penal y por lo mismo, haber incurrido en violación directa de la ley sustancial, ni asiste razón al Ministerio Público cuando demanda que se acceda a la pretensión del casacionista, porque, como se dijo, la conducta investigada y juzgada corresponde al tipo penal señalado en la sentencia.

El cargo no está llamado a prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida de fecha, origen y naturaleza ya precisados.

Vuelvan las diligencias a la oficina de origen y cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LEGALIDAD DE LA PENA-Dosificación de la pena/
CONCURSO

Es claro que el principio de legalidad de la pena (art. 1° C. P.) guarda estrecha relación con el artículo 26 del estatuto punitivo, cuando se está frente a un concurso de hechos punibles, pues este precepto es uno de los puntos de referencia que permite establecer los topes mínimo y máximo dentro de los cuales puede moverse razonablemente el juzgador al fijar la sanción, una vez seleccionada desde el punto de vista cualitativo.

La interpretación de dicha norma, la cual dice que el procesado "quedará sometido a la que establezca la pena más grave aumentada hasta en otro tanto", ha sido apuntada desde tiempo atrás por la Corte, que en providencia del 2 de julio de 1985, M. P. doctor Alfonso Reyes Echandía, señaló:

"Determinado así el delito base, se procederá a dosificar la pena correspondiente teniendo en consideración todos los factores señalados por el artículo 61 del Código Penal. Hecha esta concreción punitiva, aumentará dicha pena de acuerdo con el número y gravedad de los demás delitos concurrentes; sin embargo, al realizar esta labor tendrá en consideración tres limitantes complementarias: conforme a la primera, la pena del delito base no podrá incrementarse más allá del doble del máximo previsto para aquél; el 'otro tanto' que menciona el artículo 26 del Código Penal, no se refiere a la pena aplicable por el delito base, sino al máximo de la establecida para éste; de acuerdo con la segunda, el monto total de la pena imponible por todos los delitos en concurso no podrá exceder la suma que correspondería fijar para cada uno de los delitos concurrentes si se sancionasen en forma separada, limitación ésta explicable porque la institución del concurso delictivo se inventó precisamente para eludir la suma aritmética de penas (esa es la esencia de la llamada acumulación jurídica de penas); conforme a la tercera limitante, en ningún caso la pena privativa de la libertad que resulte de las operaciones precedentes dentro del mecanismo punitivo concursal, podrá superar..." (la duración máxima de la pena).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., agosto veintisiete (27) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 11045

Aprobado Acta No. 127

ASUNTO

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por el representante judicial del procesado Jorge Amado Montoya, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta que confirmó la proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Ciénaga, condenándolo por doble homicidio culposo.

HECHOS

La noche del 23 de agosto de 1992, en el kilómetro 39 de la vía que de Fundación conduce a Ciénaga, Magdalena, el tractocamión de placas RE 5504, marca Chevrolet, conducido por Jorge Amado Montoya, chocó con la motocicleta manejada por Jorge Enrique Rueda en la que también viajaba Danilo José Parejo Castro, quienes perdieron la vida.

ANTECEDENTES PROCESALES

La Unidad de Fiscalía de Ciénaga abrió investigación, oyó en indagatoria a Jorge Amado Montoya y el 20 de enero de 1993 decretó su detención preventiva por los dos homicidios culposos. Cerrada la investigación y vencido el traslado respectivo, el 16 de septiembre del mismo año le fue proferida resolución de acusación por el mencionado concurso de delitos, incluida la causal de agravación derivada del abandono injustificado del lugar del accidente (art. 330-2 C. P., fols. 166 y ss., cd. 1ª), calificación que no fue recurrida.

Correspondió al Juzgado Unico Penal del Circuito de Ciénaga adelantar el juicio; celebrada la audiencia pública, el 12 de septiembre de 1994 condenó al procesado a 48 meses de prisión y de suspensión en el ejercicio profesional, multa de $10.000 y "a las penas accesorias estipuladas en el artículo 42 del C. P. en sus numerales 3°, 4° y 5°", al igual que a la indemnización de los perjuicios causados (fols. 261 y ss., ib.).

Apelada la sentencia por el defensor, el Tribunal Superior de Santa Marta la confirmó, decisión que es objeto del recurso extraordinario de casación, también interpuesto por el defensor.

LA DEMANDA

Al amparo de la causal primera de casación, son formulados dos cargos al fallo impugnado, además de una "petición especial", así:

CARGO PRINCIPAL: Violación indirecta de la ley sustancial por "apreciación falsa, de hecho, falso juicio de existencia" de la "generante de la culpa y la culpa misma". Al respecto señala:

"El Juzgador al apreciar las pruebas (indicios en su mayoría) ... ofrece a algunas de ellas (las pruebas), y en su conjunto a todas, un sentido que no corresponde a su contenido fáctico, excediendo la capacidad de demostración, de las válidas y existentes, al tiempo que, sin prueba ofrece demostración, del elemento subjetivo que importa el homicidio culposo; y así, presupone demostrado lo que la prueba existente y válida no apunta; de tal manera que, realiza un falso juicio de existencia, otorgando un sentido a la prueba que no corresponde a su contenido fáctico y al hacerlo, produce una verdad procesal, en su decisión, diverso del contenido de la misma.."

En desarrollo de dicho planteamiento, el censor acepta como probado que su asistido conducía el pesado automotor, el lugar del impacto en éste (determinado por inspección judicial y por fotografías que tilda de indebidamente aportadas al proceso), la presanidad y el fallecimiento de los viajeros de la motocicleta, pero no halla demostración alguna "de la generante y de la culpa en sí misma considerada", punto en el cual continuamente insiste.

Resalta que ningún testigo presenció el momento de la colisión y que los juzgadores tuvieron en cuenta las indicaciones del Agente de Policía Jorge Emiro Trujillo Carrascal, con "factibilidad de seriedad" sobre la localización de los cadáveres pero errando en cuanto al sitio del impacto, habiéndose dejado de lado, sin razón, la referencia a lo que contó el conductor sobre la ausencia de luces de la motocicleta, que plantea un caso de fuerza mayor.

Concluye el recurrente que el Tribunal dio por demostrado el homicidio culposo en concurso homogéneo simultáneo, "sin respeto a la necesidad de prueba de la generante de culpa y de la culpa misma", lo cual permitió la violación indirecta de la ley sustancial al estructurar el homicidio culposo, con violación de los artículos del Código Penal 1° (legalidad), 3° (tipicidad), 5° (culpabilidad), 21 (causalidad), 35 (formas de culpabilidad), 37 (culpa) y 39 (punibilidad ante culpa), además de los artículos 253, 254, 247, 445 (presunción de inocencia) del Código de Procedimiento Penal y 28 y 29 de la Carta.

CARGO SUBSIDIARIO: Como segundo cargo, alega en subsidio violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea.

La ampliación de la punibilidad y el instituto de los concursos de hechos punibles ofrecen límites a la función punitiva del Estado, tomando en cuenta el delito más grave y el aumento de la pena hasta en otro tanto, no agravándola "por el otro tanto", como ocurrió en el caso bajo estudio, cuando no puede aceptarse la suma aritmética de penas, ni la aplicación de los

topes máximos de agravación, salvo que únicamente existan agravantes, como lo ordena el artículo 67 del Código Penal.

Señala que de tal manera se incurrió en interpretación errónea, dándose a la norma del artículo 26 *ibídem* un alcance que no posee, tal como lo señala la doctrina y la jurisprudencia, generándose una situación más gravosa para su representado, por la cantidad de pena impuesta y la consiguiente imposibilidad de la libertad ordenada por los artículos 68 del Código Penal y 28 de la Constitución.

El libelista solicita a la Corte que, con respecto a cada uno de los cargos propuestos, se dicte el fallo de reemplazo, como lo dispone el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal.

"PETICION ESPECIAL": Por último, bajo tal denominación indica que el derecho de defensa tiene varias aristas, entre ellas la libertad de escogencia del defensor, resultando vulnerado cuando no lo selecciona el sindicado, al no haber autorizado la sustitución.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal considera que el cargo principal debe ser rechazado, por la impropiedad técnica de la demanda al entremezclar el falso juicio de existencia por suposición de pruebas con el falso juicio de identidad.

Observa además la orientación de la sentencia de segunda instancia hacia el establecimiento de la relación de causalidad entre el accidente de tránsito y la muerte de los pasajeros de la motocicleta, resultándole de otra parte incontrovertible el juicio de desvalor que en las instancias se efectúa sobre la versión de Jorge Amado Montoya, la cual contraría el sentido común al aducir que el pequeño aparato, sin las luces correspondientes, invadió el carril que le correspondía al tractocamión, obligándolo a desplazarse en zigzag hacia el carril de la moto, al cual ésta nuevamente se dirigió, conllevando la imposibilidad de evitar la colisión. "Ningún elemento probatorio.. da cuenta de tendencias suicidas en el conductor de la motocicleta y menos.. que para tal efecto se hiciera acompañar de otra persona".

En contra de lo pretendido por el casacionista, encuentra que la versión del procesado, el croquis levantado por la Policía de Tránsito, las declaraciones de Julio Vicente Corredor Peña y Segundo Perez Cruz, Director y Agente del DAS de Fundación, respectivamente, son elementos de convicción de la responsabilidad del Amado Montoya en el delito juzgado.

En lo concerniente al cargo subsidiario, el representante del Ministerio Público también estima que debe ser rechazado porque la dosimetría punitiva no ofrece reparo de ninguna naturaleza. El fallador no excedió los

topes establecidos en el artículo 37 del Código Penal, en concordancia con el 61 *ibidem*. La pena mínima la aumentó en otro tanto, por ser concurso homogéneo de homicidios, para un total de 4 años de prisión, sin incurrir en ningún yerro interpretativo.

Por su parte, la "petición especial" del censor es una tercera censura desprovista de toda consideración de orden técnico, que no es formulada como un cargo, a pesar de serlo sustancialmente. Cuando el recurrente advierte una irregularidad que puede generar nulidad, está en la obligación de efectuar el ataque según las normas respectivas. Como no fue seguido el conducto normativo pertinente, ni se efectuó el desarrollo suficiente para un eventual acogimiento, debe rechazarse.

Adicionalmente advierte que la inquietud ya había sido resuelta de manera acertada por el Tribunal al denegar tal nulidad, en términos que transcribe, observando que el sindicado conserva el poder de disposición para decidir si convalida o no la gestión de su representante y, de no hacerlo, se entiende que la acepta y refrenda.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1° CARGO PRINCIPAL: El falso juicio de existencia consiste en suponer una prueba, o dejar de tener en cuenta la que sí ha sido legalmente allegada al proceso; mientras en el falso juicio de identidad se tergiversa el contenido fáctico del medio de convicción, al punto de extraerle un sentido contrario al verdadero. En el presente caso, como anota el representante del Ministerio Público y se irá analizando, el censor combina los dos conceptos, apartándose de la técnica normativamente impuesta sobre el recurso de casación y dificultando su entendimiento.

De tal manera incurre en algunas imprecisiones, como cuando expresa que se dio por demostrada la culpa, que era "de imposible configuración fáctica", confiriendo al juzgador un contenido de existencia que en verdad la prueba no tiene, pero pasa repetitivamente de lo genérico a lo concreto, sin seguir un esquema apropiado y entremezclando referencias a pruebas en cuya valoración endilga yerros al Tribunal y/o al Juzgado.

La inconformidad primigenia se refiere a la inspección judicial efectuada sobre los automotores, porque dice que únicamente es posible inferir el lugar del impacto y no que el tractocamión viniese en contravía, como equivocadamente habría deducido el juez de primera instancia. También imputa, como segundo error, no aceptar aquella parte de la declaración del Agente de la Policía que levantó el croquis, en donde refiere lo contado por el sindicado sobre la causa del accidente.

Al predicarse como yerro colegir de la inspección judicial sobre las huellas del impacto en el tractocamión que éste marchaba en contravía, cuando se dice no era posible tal inferencia, no puede perderse de vista

que el Tribunal ciertamente estimó que el delito sí tuvo origen en el comportamiento de Jorge Amado Montoya, quien lo ocasionó "con su imprudencia de invadir la vía por la que las víctimas transitaban en sentido opuesto al seguido por él en la ruta de su desplazamiento" (fol. 11 cd. Trib.), conclusión sustentada no en una sino en varias pruebas, que además arriba con el amparo de la doble presunción de acierto y legalidad, a la que el censor no logra oponerle algún cuestionamiento sólido del cual llegare a derivarse que infringió las reglas de la sana crítica.

Más aún, el *ad quem* destaca una conducta subsiguiente, que apuntala la conclusión de culpabilidad y excluye cualquier probabalidad de caso fortuito: los servidores del DAS de Fundación que concurrieron al lugar del accidente poco después de sucedido, dedujeron del estado de uno de los cadáveres y la posición del tractocamión, que el conductor de éste al efectuar un retroceso después del choque, "dio origen o la posibilidad de pasarle una rueda del citado vehículo a una de las personas que se encontraban en el piso, dejándolo completamente desfigurado, sin cráneo..." (fol. 8 *ib.*).

Es decir, los administradores de justicia sí indican, en sus respectivas instancias y con mayor o menor precisión, en que consistió la culpa del sujeto activo, al contrario de lo sostenido por el recurrente. Demostración a la que arribaron al analizar los medios de convicción acopiados, sin que la presunta equivocación resaltada por el impugnante tenga fuerza suficiente para derrumbar la sentencia, que no está basada únicamente en la inferencia hipotéticamente errada, sino que se fundó en la valoración integral del caudal probatorio, como los testimonios de los miembros del DAS, el propio dicho del procesado en cuanto señala el sector de la vía en el cual ocurrió la colisión, el croquis y la declaración del Agente de Policía a que se ha hecho referencia.

El otro aspecto de la censura está caracterizado por no identificar apropiadamente el supuesto error de hecho en que incurrieron los falladores. En la parte introductoria del libelo lo ha referido como falso juicio de existencia; pero no acoger parcialmente la versión del sindicado no configura esta clase de yerro, porque es claro que su dicho sí fue analizado por el juzgador, es decir, no se omitió valorarlo. Caería así más bien, como ya se observó, en el terreno del falso juicio de identidad, pero el censor tampoco es explícito en imputar una distorsión del contenido fáctico para hacerle decir algo que no contiene.

Simplemente señala que el Tribunal no le dio credibilidad a la disculpa vertida por el procesado sobre los motivos que lo llevaron a desplazarse por el carril contrario. O sea, el recurrente reconoce que la prueba fue examinada y apreciada por el juzgador pero, no obstante, quiere imponer su criterio sobre la valoración efectuada por los funcionarios judiciales, discrepancia que no puede endilgarse, *per se*, como yerro.

En sentido estricto, no se estaría en presencia de un verdadero cargo como debe formularse en casación, sino de una conjetura personal, que no brinda fundamento para sacar avante la causal de casación invocada, porque el recurso extraordinario interpuesto exige la demostración cabal de los reales errores de la sentencia y no la mera confrontación de opiniones frente a la apreciación de una o algunas pruebas.

Por las razones anteriormente anotadas el primer reproche, planteado como principal, no está llamado a prosperar.

2° CARGO SUBSIDIARIO: Es claro que el principio de legalidad de la pena (art. 1° C. P.) guarda estrecha relación con el artículo 26 del estatuto punitivo, cuando se está frente a un concurso de hechos punibles, pues este precepto es uno de los puntos de referencia que permite establecer los topes mínimo y máximo dentro de los cuales puede moverse razonablemente el juzgador al fijar la sanción, una vez seleccionada desde el punto de vista cualitativo.

La interpretación de dicha norma, la cual dice que el procesado "quedará sometido a la que establezca la pena más grave aumentada hasta en otro tanto", ha sido apuntada desde tiempo atrás por la Corte, que en providencia del 2 de julio de 1985, M. P. doctor Alfonso Reyes Echandía, señaló:

"Determinado así el delito base, se procederá a dosificar la pena correspondiente teniendo en consideración todos los factores señalados por el artículo 61 del Código Penal. Hecha esta concreción punitiva, aumentará dicha pena de acuerdo con el número y gravedad de los demás delitos concurrentes; sin embargo, al realizar esta labor tendrá en consideración tres limitantes complementarias: conforme a la primera, la pena del delito base no podrá incrementarse más allá del doble del máximo previsto para aquél; el 'otro tanto' que menciona el artículo 26 del Código Penal, no se refiere a la pena aplicable por el delito base, sino al máximo de la establecida para éste; de acuerdo con la segunda, el monto total de la pena imponible por todos los delitos en concurso no podrá exceder la suma que correspondería fijar para cada uno de los delitos concurrentes si se sancionasen en forma separada, limitación esta explicable porque la institución del concurso delictivo se inventó precisamente para eludir la suma aritmética de penas (esa es la esencia de la llamada acumulación jurídica de penas); conforme a la tercera limitante, en ningún caso la pena privativa de la libertad que resulte de las operaciones precedentes dentro del mecanismo punitivo concursal, podrá superar..." (la duración máxima de la pena).

Pero el impugnante considera violados los artículos 1° y 26 del Código Penal, por creer que se interpretó erróneamente el último precepto en mención, lo cual condujo a que se impusiera al sindicado una pena superior a la que le correspondía.

La determinación del delito base, en el caso concreto, no ofrece dificultad por tratarse de un concurso homogéneo de homicidios culposos y la sanción señalada en el respectivo tipo penal es, por tanto, idéntica. Se observa que el Juzgado partió de la pena mínima, o sea 2 años en cuanto a la prisión, los cuales aumentó "en otro tanto", para un total de 4 años.

Esa pena finalmente impuesta es en todo caso menor que el doble de la máxima prevista en el artículo 329 del Código Penal, pues el límite superior es de 6 años y de conformidad con el artículo 26 *ibidem* virtualmente pudo aumentarse hasta 12 años de prisión.

Aunque no se considere afortunada la expresión "en otro tanto", empleada por el juzgador de primera instancia, parecería que su intención fue la de imponer el mínimo por cada homicidio culposo, con lo cual para nada contrarió las limitantes planteadas en la jurisprudencia transcrita, pues la tasación punitiva colinda con la base menor y queda muy distante del máximo tope hipotético para el concurso de los dos delitos, sin exceder la suma aritmética y notablemente alejada del límite superior de duración de la pena de prisión vigente en la época de los hechos (30 años, según el artículo 44 del Decreto 100 de 1980).

En realidad no hubo error en la dosificación punitiva, ni se incurrió en violación directa por interpretación errónea del artículo 26 del Código Penal, porque la cuantificación de la pena se realizó dentro de los parámetros normativos que la legislación brinda al juzgador, al contrario de lo sostenido por el censor, todo lo cual se ratifica concluyentemente, a pesar de las deficiencias de redacción del fallo, cuando se recuerda que en la resolución de acusación se endilgó el factor agravante señalado por el numeral 2° del artículo 330 del Código Penal, por haber abandonado injustificadamente el procesado el lugar del accidente.

Dichas razones llevan a la conclusión de que este cargo tampoco prospera.

3° PETICION ESPECIAL: El libelista insinúa que hubo violación del derecho de defensa, porque el sindicado no autorizó la sustitución que hiciera el apoderado inicial en otro abogado: da a entender que se presenta una nulidad, pero en definitiva no formula postulación alguna.

Si consideró que estaba frente a una grave irregularidad que vulneraba el derecho de defensa y constituiría nulidad, ha debido formular un cargo específico, con el lleno de los requisitos legales y al amparo de la causal tercera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal.

Al recurrente, de advertir un real vicio de esa naturaleza, le corresponde presentar y fundamentar el cargo respectivo, mas no limitarse a insinuarlo, dejando entrever una expectativa de casación oficiosa, con lo cual incumple su obligación de sustentar la demanda en este aspecto y pretende trasladarle a la Corte dicha carga.

La Sala no encuentra motivo para proceder oficiosamente en el aspecto insinuado, ni extender su pronunciamiento a una nota marginal del libelista, carente de desarrollo y elusiva de los requisitos impuestos por el artículo 225 *ibidem*, observando adicionalmente y como lo detalla el Procurador Delegado, que la pretendida nulidad fue antes propuesta y bien denegada por el Tribunal, al refrendarse la actuación del nuevo defensor con la aceptación tácita del sindicado.

4° CASACION OFICIOSA: Como el Juzgado, en inmotivada determinación que no fue reparada por el Tribunal, resolvió imponer "las penas accesorias estipuladas en el artículo 42 del C. P. en sus numerales 3°, 4° y 5°", la Corte encuentra que se ha vulnerado la garantía fundamental del debido proceso al también sancionar, sin fundamentación alguna, con la suspensión de la patria potestad, cuando la pena principal de prisión sólo implica *per se* la de interdicción de derechos y funciones públicas; el señalamiento de las otras es discrecional (art. 52 C. P.), pero ello no supone ausencia de causalidad.

En el caso concreto, el procesado fue hallado responsable de dos homicidios culposos, acontecidos durante el desarrollo de una actividad riesgosa como es la conducción de automotores, conducta que nada tiene que ver con las relaciones intrafamiliares del sindicado, particularmente las mantenidas con sus hijos, ni evidencian una personalidad indigna de representar o ejercer los derechos y deberes que tiene frente a ellos. De tal manera, no hay razón para imponer esta pena accesoria prevista en el ordinal 5° del artículo 42 del Código Penal.

En consecuencia, oficiosamente será revocada tal sanción, al igual que se precisará que la interdicción de derechos y funciones públicas correrá, como pena accesoria, por un tiempo igual al establecido para la pena de prisión, y que la suspensión en el ejercicio del oficio de conductor de automotores durante el mismo lapso, que la sentencia también estableció por separado (numeral tercero de la parte resolutiva), es pena principal como también lo es la multa allí mismo señalada (art. 329 C. P.).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1° DESESTIMAR los cargos formulados en la demanda de casación.

2° CASAR parcial y oficiosamente la sentencia, en el sentido de revocar la pena accesoria de suspensión de la patria potestad impuesta al procesado Jorge Amado Montoya y precisar la principal de suspensión en el ejercicio del oficio de conductor de automotores y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, ambas por el mismo lapso de cua-

renta y ocho meses fijado para la prisión, quedando el fallo en vigor en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge E. Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

AGENCIA OFICIOSA PROCESAL

La "agencia oficiosa procesal", prevista en el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil no es evidentemente norma aplicable al procedimiento penal, lo cual se constata con una simple lectura de su texto.

En cambio, cuando el procesado está en incapacidad económica o "social", lo procedente es la designación de un defensor público, según lo contemplan los artículos 140 del Código de Procedimiento Penal y 21 de la Ley 24 de 1992, la cual desarrolla el artículo 283 de la Carta Política, sobre organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Proceso No. 12629

Aprobado Acta No. 128 (agosto 28/98)

Mediante este proveído la Sala inadmitirá un poder y proveerá para que se designe un defensor público.

Antecedentes

Admitida la demanda de revisión contra la sentencia que condenó a Jairo Correa Alzate por infracción a la Ley 30 de 1986 y reconocido como su apoderado al doctor Eduardo Umaña Mendoza (fol.129), se abrió a pruebas (fol. 138) y, ante la muerte del referido apoderado, se requirió al mencionado procesado para la designación de otro, recibiéndose en respuesta un poder que Claudia María Zapata Agudelo, compañera de Correa Alzate, confiere al abogado Diego Alberto Chávez Chacón, para que represente a Correa Alzate "mientras se aclara la desaparición o se declara su muerte presunta de acuerdo a los cánones de ley" (fol.148 infra.).

Anexó la poderdante copia de los registros civiles de los hijos habidos entre ambos y de la denuncia que ella formuló en la Policía Judicial por el

delito de "secuestro" cometido en su compañero el 7 de febrero último en una finca del Municipio La Dorada, hecho que también fue hecho público por los medios de información (fols.150 a 161).

Con base en dicho poder el mencionado abogado presenta un memorial (fols. 162 a 168) en el que reitera el referido secuestro y dice que por la muerte del anterior apoderado "los intereses del recurrente han quedado totalmente desprotegidos al no poder estar presente el revisionista, sumado a la desaparición trágica de su apoderado" (fol.165), por lo cual pide que se le admita como tal y conforme a los artículos 160 del Código de Procedimiento Penal y 168, 169, 170 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, SE SUSPENDA la presente actuación "hasta que los motivos expuestos de la inasistencia del solicitante Jairo Correa Alzate al proceso, se aclaren o se verifique su muerte presunta por las autoridades competentes" (fol.165.infra), y menciona los artículos 12, 13, y 29 de la Carta Política.

Adjunta el acta civil de defunción del doctor Eduardo Umaña Mendoza.

Se Considera

La "agencia oficiosa procesal", prevista en el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil no es evidentemente norma aplicable al procedimiento penal, lo cual se constata con una simple lectura de su texto.

En cambio, cuando el procesado está en incapacidad económica o "social", lo procedente es la designación de un defensor público, según lo contemplan los artículos 140 del Código de Procedimiento Penal y 21 de la Ley 24 de 1992, la cual desarrolla el artículo 283 de la Carta Política, sobre organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo. Se reitera que como el accionante Jairo Correa Alzate, al estar de todas maneras desaparecido, se encuentra en imposibilidad "social" de proveer por sí mismo a la defensa de sus derechos en el trámite de la presente acción (art. 232 C.P.P.), esta Sala oficiará en el sentido antes dicho a la Defensoría del Pueblo.

Se inadmitirá entonces el poder en referencia y consecuentemente no se examinará la solicitud de suspensión del trámite de la presente revisión, sin que sobre advertir que aquí no se encara la "suspensión de términos legales en procesos penales contra el secuestrado" (art. 21 Ley 282 de 1996), pues el que se siguió en contra del nombrado Correa Alzate ya terminó con carácter de cosa juzgada, y, en cambio, aquí obra dicho condenado como parte activa o accionante.

Se enterará de esta decisión a la poderdante Claudia María Zapata.

En mérito de lo expuesto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y administrando justicia en el nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. INADMITIR el poder otorgado al doctor Diego Alberto Chávez Alarcón.

2. Por Secretaría de la Sala ofíciese a la Defensoría del Pueblo para que proceda a designarle un apoderado al accionante en revisión, señor Jairo Correa Alzate.

3. Entérese de lo aquí resuelto a la poderdante Claudia María Zapata.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Edgar Lombana Trujillo, Carlos A. Cano Jaramillo, William Monroy Victoria, Guillermo García Guaje, Jaime Rico Carvajal, Humberto Rodríguez Cortés. Arnoldo Zarazo Oviedo.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Requisitos

Es cierto que con la acción de revisión se persigue remover la condición de cosa juzgada de una sentencia o de una decisión de preclusión o cesación de procedimiento, pero cuando se quiere cuestionar el mérito dado a las pruebas la causal aplicable es la tercera, y siempre "que aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates", pues no se trata de tramitar una tercera instancia y repetir el análisis de los elementos de juicio ya apreciados, que es lo que en este caso pretende el abogado con lo que llama "un nuevo debate probatorio".

El numeral 3°. del artículo 234 del Código de procedimiento Penal señala como requisito para la instauración de la acción, que el escrito contenga "La causal que invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud". Esto presupone que la pretensión del accionante sea procedente mediante la revisión, y que invoque la causal prevista en la ley para ese fin, de modo que si alguno de estos aspectos no se cumple, la demanda no puede ser admitida.

La expresión utilizada por la causal segunda, en el sentido de que la revisión procede cuando la sentencia condenatoria se hubiere dictado en un proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, o por falta de querella válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal, se refiere a causales de la misma clase, es decir, objetivas, tales como la conciliación, la indemnización integral, el desistimiento, etc, obviamente en los casos en que ellos proceden y con el cumplimiento de todos los requisitos.

Si no fuera así, significaría que las alegaciones expuestas por las partes durante el proceso se podrían repetir acudiendo a la acción de revisión, que ya no sería "de revisión" sino de una "nueva apelación", y el principio de la cosa juzgada no tendría ninguna importancia, porque simplemente no existiría.

El artículo 234 ibídem no dice que los requisitos que debe reunir el escrito mediante el cual se instaura la acción de revisión sean pura-

mente formales, ni esa palabra puede ser tomada tan superficialmente que signifique que no se puede mirar el contenido, de ahí que se entienda como obligatorio darle trámite a cuanto absurdo se le ocurra al libelista. No es así, todo lo contrario, si además de la improcedencia explicada en los puntos anteriores, se encuentra que por ejemplo, se aportaron pruebas inconducentes, o que por su escaso valor no tienen ninguna posibilidad de afectar la decisión que se ataca, o se partió de afirmaciones que no corresponden a la realidad procesal etc., la demanda debe ser rechazada.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., septiembre primero (1°) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 14385

Aprobado Acta No. 130

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del condenado Carlos Arturo Pardo Hernández, contra el auto por medio del cual se rechazó la demanda de revisión presentada a su nombre.

LA IMPUGNACIÓN

Los motivos por los cuales el recurrente impugna la providencia, son:

1. La providencia no se ajusta estrictamente a los motivos de inadmisión. La demanda se inadmitió por "razones distintas a las contenidas" en el artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, y la decisión tomada es más de fondo que de inadmisión o rechazo.

"En caso de inadmisión es aconsejable indicar al accionante los defectos formales para que se corrijan y que si no lo hiciere se rechazará la demanda".

2. La jurisprudencia citada de la C. S. de J. del 8 de junio de 1993 en donde fue ponente el H. M. Dr. Jorge Enrique Valencia no está ajustada a lo que aquí se pretende debatir. Cuando se alude a la expresión "o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal", lo que se hace es desarrollar esa frase de acuerdo al contenido de los artículos 35 y 36 del estatuto procesal.

3. La revisión como medio extraordinario de impugnación tiende a remover una sentencia condenatoria que hizo tránsito a cosa juzgada mediante un nuevo debate probatorio, pues en su trámite se decretan pruebas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Es evidente que la inconformidad del accionante tiene su origen en el desconocimiento de la naturaleza, fines y trámite de la acción de revisión, de ahí que no tiene inconveniente en afirmar que si la demanda no reúne los requisitos se inadmite para que el autor corrija los defectos, y si no lo hace se rechaza, procedimiento que surge de su imaginación, pues lo que la ley dice es muy diferente.

Otra cosa es, que como no se trata de un recurso sometido a término para su interposición, sino de una acción no restringida, si el interesado quiere demandar de nuevo puede hacerlo, y es de esperar que no repita las fallas que ya se le anunciaron en el anterior rechazo.

2. Es cierto que con la acción de revisión se persigue remover la condición de cosa juzgada de una sentencia, o de una decisión de preclusión o cesación de procedimiento, pero cuando se quiere cuestionar el mérito dado a las pruebas la causal aplicable es la tercera, y siempre "que aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates", pues no se trata de tramitar una tercera instancia y repetir el análisis de los elementos de juicio ya apreciados, que es lo que en este caso pretende el abogado con lo que llama "un nuevo debate probatorio".

3. El numeral 3°. del artículo 234 del Código de procedimiento Penal señala como requisito para la instauración de la acción, que el escrito contenga "La causal que invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud". Esto presupone que la pretensión del accionante sea procedente mediante la revisión, y que invoque la causal prevista en la ley para ese fin, de modo que si alguno de estos aspectos no se cumple, la demanda no puede ser admitida.

Y es precisamente lo que ocurre en este caso, en donde el apoderado pretende, sin aportar nuevos medios de prueba, y a través de la causal segunda, realizar un nuevo debate probatorio confundiendo la acción con un recurso más de apelación.

4. La expresión utilizada por la causal segunda, en el sentido de que la revisión procede cuando la sentencia condenatoria se hubiere dictado en un proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, o por falta de querella válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal, se refiere a causales de la misma clase, es decir, objetivas, tales como la conciliación, la indemnización integral, el desistimiento etc., obviamente en los casos en que ellos proceden y con el cumplimiento de todos los requisitos.

Si no fuera así, significaría que las alegaciones expuestas por las partes durante el proceso se podrían repetir acudiendo a la acción de revisión, que ya no sería "de revisión" sino de una "nueva apelación", y el

principio de la cosa juzgada no tendría ninguna importancia, porque simplemente no existiría.

El problema es que si no tiene claridad sobre la naturaleza jurídica de la acción de revisión, es muy difícil entender la taxatividad de sus causales y el ámbito de aplicación, de ahí que con frecuencia, y este es uno de esos eventos, se persigan logros cuya improcedencia se detecta en forma inmediata.

5. Para finalizar algo más. El artículo 234 *ibidem* no dice que los requisitos que debe reunir el escrito mediante el cual se instaura la acción de revisión sean puramente formales, ni esa palabra puede ser tomada tan superficialmente que signifique que no se puede mirar el contenido, de ahí que se entienda como obligatorio darle trámite a cuanto absurdo se le ocurra al libelista. No es así, todo lo contrario, si además de la improcedencia explicada en los puntos anteriores, se encuentra que por ejemplo, se aportaron pruebas inconducentes, o que por su escaso valor no tienen ninguna posibilidad de afectar la decisión que se ataca, o se partió de afirmaciones que no corresponden a la realidad procesal etc., la demanda debe ser rechazada.

Por lo anotado la Sala concluye que la petición de reposición debe ser desestimada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

No reponer la providencia mediante la cual se rechazó la demanda de revisión presentada por el apoderado del condenado Carlos Arturo Pardo Hernández.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ PREVARICATO

Se tiene que según el artículo 55 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, son causales de libertad provisional y por lo tanto se tiene derecho a ella, "1° Cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados los requisitos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia. Salvo lo dispuesto en el artículo 417 de este Código, la libertad no podrá negarse con base en que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario".

No se pone en duda que frente a esta causal, el legislador quiso que la libertad del procesado sea la regla general, pero condicionándola a que se cumplan ciertos requisitos mínimos, que para el caso remite al artículo 68 del Código Penal que contempla el subrogado de la condena de ejecución condicional.

También se consagró la excepción al derecho, que consiste en que aquel que se halle privado de su libertad provisionalmente, es decir, sin fallo condenatorio ejecutoriado, no tendrá derecho a la excarcelación, así cumpla con los requisitos ya mencionados, en los casos expresamente determinados en el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal.

Ha sido también tendencia del legislador, propender por las garantías fundamentales del recluso, consagrando nuevas prerrogativas para evitar el hacinamiento y la violación de los derechos humanos, mediante la ampliación de los beneficios tanto judiciales como administrativos, desde luego sin sacrificar los derechos de la sociedad que en principio es la más afectada con el hecho punible.

Por ello, los preceptos apuntan a que en las conductas delictivas de menor trascendencia social, sus autores gocen de ciertos privilegios, salvo en circunstancias especiales que imponen su exclusión con rigor, siendo necesario su tratamiento penitenciario de acuerdo con la correspondiente sanción, cuando su personalidad así lo aconseje.

Se excluye de ese concreto beneficio liberatorio, a quienes por la naturaleza y modalidad del hecho punible, es decir, por su gravedad, el juez llega a la inequívoca conclusión de que su autor merece

ser mantenido privado de su libertad, pues su personalidad le impide realizar un pronóstico favorable a su permanencia en el seno social y por lo mismo, requiere de tratamiento penitenciario, sin que ello constituya como se afirma, la consagración del criterio peligrosista y tampoco del desconocimiento del derecho fundamental a la libertad, pues, se reitera, la ley así lo dispone y el artículo 28 de la Carta Política prevé su restricción "en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley".

Ante la prohibición contenida en el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal para obtener la libertad provisional frente a las conductas taxativamente señaladas en su numeral 4°, la Corte al realizar su interpretación sistemática, puntualizó que "resulta un contrasentido, que una persona que cumple el requisito de la pena y no requiere de tratamiento penitenciario, tenga que esperar en detención hasta la sentencia condenatoria para que le puedan conceder la libertad. Como se trata de eventos en los cuales la sanción es arresto o prisión que no exceda de tres años, descontará en prisión toda la pena o una buena parte de ella, mientras se llega a la sentencia, para que allí le reconozcan que no requería estar en prisión el tiempo que ya estuvo".

El delito de prevaricato previsto en el artículo 149 del Código Penal (modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995), permite la excarcelación provisional del procesado, con fundamento en el numeral 2° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, cuando se reúnen los requisitos del artículo 1° de la Ley 415 de 1997 (artículo 72 A del Código Penal), pues expresamente se le excluye del régimen del artículo 72 del Código Penal, en cuyo caso, no podrá negarse atendiendo los antecedentes penales (sentencia condenatoria ejecutoriada) o las circunstancias agravantes (genéricas o específicas) tenidas en cuenta por el fallador al momento de tasar la pena o también para negar el subrogado de la condena de ejecución condicional, salvo que exista en su contra orden de captura vigente, pues en tal evento, la libertad provisional pretendida deberá ser analizada con fundamento en los requisitos objetivos y subjetivos a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, esto es, que haya cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta o llevare en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, habida consideración de la calificación que debería dársele, vale decir, el mismo que se requiere para obtener la libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., primero (1°) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Proceso No. 14828

Aprobado Acta No. 130

Por apelación legalmente interpuesta y concedida, conoce la Corte de la providencia de fecha diecinueve (19) de junio del corriente año, por medio de la cual la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali negó la libertad provisional al doctor Julio César Rojas Rodríguez, ex-Juez 23 Penal Municipal de la misma ciudad, sindicado del delito de prevaricato por acción y quien se halla en detención domiciliaria.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Dan cuenta los autos que el abogado Orlando Angarita Barragán detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de Cali"Villahermosa", el 4 de enero de 1995 instauró ante el Juzgado 23 Penal Municipal acción de *Habeas Corpus*, por considerar que su privación de la libertad ocurrió con violación de la Constitución y la ley (fol. 1 a 5 - Anexo No. 2), siendo decidida al día siguiente en forma favorable por el doctor Rojas Rodríguez quien dispuso su libertad inmediata e incondicional (fol. 63 a 76 *ib.*).

Como quiera que contra el recluso la Unidad de Fiscalías Delegadas ante los Juzgados Regionales había proferido medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación el 20 de octubre de 1994 por infracción a la Ley 30 de 1986, el Director Regional de Fiscalía presentó ante la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Cali el 2 de febrero de 1995, denuncia contra el Juez 23 Penal Municipal por presunto prevaricato por acción (fol. 1 a 3 - Cuad. No. 1).

Adelantada averiguación preliminar dentro de la cual se escuchó al doctor Rojas Rodríguez en versión libre (fol. 19 a 22), fue declarada abierta la instrucción el 22 de junio siguiente (fol. 47)), se oyó en indagatoria al funcionario (fol. 57 a 62) y se le resolvió la situación jurídica el 20 de marzo de 1996 con medida de aseguramiento de detención preventiva con beneficio de excarcelación (fol. 150 a 210), determinaciones que la Fiscalía Delegada ante esta Corporación confirmó el 18 de junio siguiente (fol. 226 a 236).

El instructor calificó el mérito de la investigación adelantada contra el doctor Julio César Rojas Rodríguez el 25 de febrero del corriente año (fol. 420 a 449), con Resolución de Acusación por el delito de Prevaricato por acción; revocó la libertad provisional y sustituyó la medida de aseguramiento de detención preventiva por domiciliaria, suscribiendo el imputado la correspondiente diligencia de compromiso el 27 de los citados mes y año (fol. 451), determinaciones que recibieron igualmente confirmación

por parte de la Unidad de Fiscalías Delegadas ante la Corte el 21 de mayo del corriente año (fols. 523 a 538).

Llegado el proceso a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, al día siguiente del reparto ordinario el defensor de Rojas Rodríguez elevó solicitud de libertad provisional en favor de su representado, con invocación del motivo 1° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, "...en razón a la última Tendencia Jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto que NO ES ABSOLUTA LA PROHIBICION DE EXCARCELAR DEL ART. 441 DEL C. P. P. hoy 417 del mismo Código." (fol. 556).

Se refiere el libelista a los requisitos previstos en el artículo 396 del Estatuto Procesal Penal, modificado por el 53 de la Ley 81 de 1993, que consagra la medida de aseguramiento de detención domiciliaria, para afirmar que no difieren de los exigidos por el artículo 68 del Código Penal que trata del subrogado de la Condena de Ejecución Condicional, sino que son "coadyuvantes, es decir fortificadores del mismo, conducentes y concomitantes sobre la posibilidad y viabilidad de conceder o no el beneficio de la libertad provisional" (fol. 557).

Destaca que por ocurrencia de los hechos bajo el imperio del artículo 149 del Código Penal, es decir, con anterioridad a la reforma contenida en la Ley 195 de 1995, la pena que le podría corresponder en caso de sentencia condenatoria no sería superior a un (1) año, con lo cual se presenta el requisito objetivo a que se refiere la disposición analizada.

Y con relación al factor subjetivo, considera la defensa que las circunstancias ya reconocidas al imputado cuando se le sustituyó la medida de aseguramiento, "no pueden estar fuera del contenido dentro del análisis que debe hacer el respetable fallador de instancia, de la personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, que le permiten al Juez suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario" (fol. 559 y 560).

Agrega que no pueden valorarse como antecedentes negativos otras investigaciones que cursan contra su defendido, pues ello resulta ilegal e inconstitucional conforme a lo previsto en el artículo 248 de la Carta Política, lo cual permite inferir sin asomo de dudas, que hasta tanto esos procesos no culminen con sentencias debidamente ejecutoriadas, no puede afirmarse que el doctor Rojas Rodríguez cuenta con antecedentes judiciales negativos que hagan nugatoria su libertad.

Concluye su escrito apoyándose en pronunciamientos de esta Sala de fechas 11 de octubre de 1989 y 31 de julio de 1991, relativas a la interpretación de las causales de libertad provisional y de la prohibición para otorgarla, respectivamente.

La Providencia Impugnada

Precisa el *a quo* que el otorgamiento de la libertad provisional con fundamento en el numeral 1° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal frente a aquellas conductas delictivas que la tienen prohibida según el artículo 417 *ibidem*, no obedece propiamente a una tendencia jurisprudencial, sino a la aplicación cabal de la disposición que establece la procedencia del beneficio aludido para los ilícitos allí señalados, cuando se encuentren demostrados los dos presupuestos para la concesión de la condena de ejecución condicional.

Indica que diferentes son los requisitos para la sustitución de la detención domiciliaria y aquellos contemplados en la ley para la libertad provisional con fundamento en el primer motivo del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, pues en cuanto hace referencia al factor subjetivo, aquella presupone la valoración de la personalidad del procesado y sus condiciones socio-familiares, en cambio para ésta además de la personalidad, también opera el análisis de la naturaleza y modalidades del hecho punible.

Da razón al libelista en cuanto afirma que las investigaciones en curso contra su representado, no constituyen antecedentes judiciales para el examen de su personalidad, empero, cosa distinta acontece con relación a la naturaleza y modalidades de la conducta, ya que el proceso arroja información sobre su gravedad, lo cual hace jurídicamente imposible acceder a la solicitud liberatoria.

Tal afirmación la hace el Tribunal en consideración a que "el juez enjuiciado conoció de la acción pública de habeas corpus interpuesta por el Doctor Orlando Angarita Barragán, profesional de la ciudad de Peretra, persona esta que se encuentra vinculada a un proceso penal en la Justicia Regional por una de las conductas delictivas previstas en la Ley 30 de 1986. El procesado Angarita Barragán fue aprehendido y vinculado a dicha investigación a raíz de pruebas obtenidas en su contra por causa de la interceptación telefónica del número 457789, ordenada por un Fiscal Regional, a través del cual este profesional sostuvo diversas conversaciones con otras personas durante los días seis y siete de octubre de mil novecientos noventa y cuatro y en la que admitía ser propietario de la heroína decomisada días antes al señor Germán Uscátegui Ulloa. Estos hechos motivaron la orden de captura contra Angarita Barragán para ser escuchado en indagatoria, así como el proferimiento en su contra de resolución interlocutoria que impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin derecho a libertad provisional" (fol. 576).

Precisa finalmente que Angarita Barragán impetró la acción de *habeas corpus* cuando se hallaba con medida de aseguramiento de detención preventiva con negativa a la libertad provisional, es decir, que ninguna circunstancia se presentaba para obtener su excarcelación por la vía del

artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, luego su liberación por la vía escogida, en alguna manera constituyó un obstáculo para la investigación que contaba con elementos de juicio graves que vinculaban al peticionario del amparo constitucional con una poderosa red de tráfico de estupefacientes, siendo entonces improcedente la liberación del ex funcionario por esta causa, esto es, la gravedad del hecho a él imputado.

La Impugnación

El defensor del imputado interpuso recurso de reposición contra la decisión del Tribunal Superior de Cali demandando su revocatoria y como subsidiario, el de apelación. Cumplidos los trámites propios, se negó el primero y se concedió el segundo en proveído del 9 de julio último.

Son argumentos del recurrente el hecho de que esta Corporación en el pronunciamiento transcrito en lo pertinente al elevar la solicitud de libertad provisional en favor de su representado, no hizo cosa distinta que seguir la filosofía del nuevo Código de Procedimiento Penal, en el sentido de que la excarcelación constituye la norma general, luego no puede desconocerse mediante cualquier interpretación la finalidad de la pena porque entonces se estaría atentando contra los mandatos de la Carta Política.

Afirma no tener sentido que una medida cautelar con carácter provisional, que busca solo la comparecencia del imputado al juicio, cercene el contenido sustancial del artículo 68 del Código Penal y con menoscabo de la equidad, solo para que el procesado permanezca privado de su libertad con la finalidad de cumplir una condena que jamás se hará efectiva, postura que iría en contravía de lo normado en el artículo 230 de la Constitución y en contradicción con la lógica, pues son criterios auxiliares de la actividad judicial la equidad, los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia.

Transcribe lo que considera pertinente de algunos pronunciamientos de esta Sala, para agregar que el Tribunal en su decisión hace referencia al conocimiento y trámite que le correspondió a su procurado respecto de la acción de *habeas corpus*, a la medida de aseguramiento que pesaba contra el solicitante y, finalmente de la actividad ilícita del mismo en el tráfico de estupefacientes.

Que nada dijo sobre la gravedad del hecho imputado al doctor Rojas Rodríguez, sino que todas sus consideraciones apuntan al hecho delictivo imputado a quien demandó el amparo constitucional, además que, frente a la causal 1ª, del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, para la liberación del recluso, no puede el juez pronunciarse en forma anticipada respecto de la personalidad, naturaleza y modalidades del hecho, pues ello al decir de la Corte está reservado para el momento en que deba dictarse sentencia, pues la norma prohibe al funcionario negar la libertad, so pretexto de ser necesario el tratamiento penitenciario del imputado.

Insiste el recurrente en que las interpretaciones de las preceptivas a las que se acoge para demandar la libertad provisional de su defendido, "...se ajustan a la debida apreciación sistemática de la ley, y evita situaciones contradictorias e injustas, que contribuyen y constituyen motivos suficientes para variar la jurisprudencia en aras de una mejor administración de justicia..." (fol. 592).

Estima que la negativa a otorgar la libertad provisional solicitada, es atentatoria de los principios constitucionales de libertad y el derecho a un proceso público sin dilaciones injustificadas, que además constituyen preceptivas internacionales de obligatorio cumplimiento, puesto que los pactos sobre derechos humanos son leyes de la República.

Adicionalmente y en escrito separado, invita al *a quo* a reflexionar con miras a la revocatoria pedida, sobre el principio del Estado Social de Derecho que parece haber sido olvidado por sus integrantes, pues "Colombia dejó de ser un Estado formal de derecho para convertirse en un Estado material de derecho", lo que constituye un mandato que en su contenido tiene por objeto la consecución y la preservación de la justicia social, es decir, el desarrollo de la condición humana en la vida social y la dignidad del hombre como dinámica de la libertad. Por ello, el derecho penal que reclama nuestra Carta Política es el de la libertad, sin que puedan seguirse de manera inconsciente, dando respuestas bajo los derroteros positivistas y peligrosistas.

Concluye: "Los subrogados penales; señores Magistrados no son dádivas sino derechos, por manera que, condicionarlos como se condicionan por la expresión 'podrán' referirle al funcionario judicial, son por lo menos inconstitucionales. A su turno, las referencias a la personalidad, naturaleza y modalidad del hecho atribuida al encausado, que realizan las normas de los subrogados penales, deben ser interpretadas de acuerdo al nuevo concepto de Estado Social de Derecho que parte del principio de respeto a la diversidad y por lo tanto ha de ser reverente con las diversas estructuras del comportamiento de las personas" (fol. 597).

Consideraciones de la Corte

El doctor Julio César Rojas Rodríguez, en su condición demostrada de Juez 23 Penal Municipal de Cali, tuvo a su cargo el conocimiento de un asunto de amparo constitucional de *habeas corpus*, promovido el 4 de enero de 1995 por Orlando Angarita Barragán, a fin de que se le restablecieran sus derechos constitucionales ante la ilegal captura de que fuera objeto por efectivos de la Policía Judicial y por orden de un Fiscal Regional de Cali, acogiendo los planteamiento del libelista en pronunciamiento del día siguiente, ordenando como consecuencia la libertad inmediata e incondicional de quien venía privado de su libertad desde el 21 de octubre inmediatamente anterior, contra quien pesaba medida de aseguramiento de

detención preventiva sin beneficio de excarcelación por presunta actividad delictiva prevista en la Ley 30 de 1986.

Dicho pronunciamiento dio origen al presente asunto en el que se le acusa como autor del delito de prevaricado por acción, y que frente a la solicitud de libertad provisional elevada por la defensa, el Tribunal Superior de Cali estima improcedente.

Debe reconocer la Sala el esfuerzo que hace el memorialista para obtener pronunciamiento favorable a su pretensión, incluso apoyándose en decisiones de esta Sala sobre la materia, sólo que bajo un entendimiento equivocado de las preceptivas que gobiernan el instituto y de las conclusiones de la Corte en la interpretación de las normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal de 1991 y de las que lo modifican y adicionan, pretende hacer ver que la negativa del *a quo* a otorgarle al doctor Rojas Rodríguez la libertad provisional, obedece exclusivamente a la insistencia de mirar el derecho desde el punto de vista peligrosista, incluso contrariando los mandatos de la actual Carta Política cuyas directrices apuntan a que la regla general es la de reconocer al procesado su derecho fundamental a la libertad y, la excepción, la de privársele del mismo, orientación que se predica del actual Estado Social de Derecho y de las garantías fundamentales consagradas en pactos y tratados internacionales, cuyo desconocimiento resulta contrario a la filosofía de la pena que el legislador ha plasmado en las normas que rigen en Colombia, cuya inobservancia comportaría decisiones contrarias a derecho.

La Corte en ejercicio de su función de máximo organismo de la jurisdicción ordinaria, siempre cumple con el mandato constitucional previsto en el artículo 230 de la Carta Política, es decir, sometida en sus decisiones solo al imperio de la ley, razón por la cual constituye obligación suya que sus pronunciamientos correspondan al espíritu del legislador interpretando su alcance, labor que precisamente la norma superior antes mencionada, identifica como criterio auxiliar de la actividad judicial.

Entrando en materia, se tiene que según el artículo 55 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, son causales de libertad provisional y por lo tanto se tiene derecho a ella, "1° Cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados los requisitos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia. Salvo lo dispuesto en el artículo 417 de este Código la libertad no podrá negarse con base en que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario".

No se pone el duda que frente a esta causal, el legislador quiso que la libertad del procesado sea la regla general, pero condicionándola a que se cumplan ciertos requisitos mínimos, que para el caso remite al artículo 68 del Código Penal que contempla el subrogado de la condena de ejecución condicional.

También se consagró la excepción al derecho, que consiste en que aquel que se halle privado de su libertad provisionalmente, es decir, sin fallo condenatorio ejecutoriado, no tendrá derecho a la excarcelación, así cumpla con los requisitos ya mencionados, en los casos expresamente determinados en el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal.

Ha sido también tendencia del legislador, propender por las garantías fundamentales del recluso, consagrando nuevas prerrogativas para evitar el hacinamiento y la violación de los derechos humanos, mediante la ampliación de los beneficios tanto judiciales como administrativos, desde luego sin sacrificar los derechos de la sociedad que en principio es la más afectada con el hecho punible.

Por ello, los preceptos apuntan a que en las conductas delictivas de menor trascendencia social, sus autores gocen de ciertos privilegios, salvo en circunstancias especiales que imponen su exclusión con rigor, siendo necesario su tratamiento penitenciario de acuerdo con la correspondiente sanción, cuando su personalidad así lo aconseje.

Se excluye de ese concreto beneficio liberatorio, a quienes por la naturaleza y modalidad del hecho punible, es decir, por su gravedad, el juez llega a la inequívoca conclusión de que su autor merece ser mantenido privado de su libertad, pues su personalidad le impide realizar un pronóstico favorable a su permanencia en el seno social y por lo mismo, requiere de tratamiento penitenciario, sin que ello constituya como se afirma, la consagración del criterio peligrosista y tampoco del desconocimiento del derecho fundamental a la libertad, pues, se reitera, la ley así lo dispone y el artículo 28 de la Carta Política prevé su restricción "en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley".

Ante la prohibición contenida en el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal para obtener la libertad provisional frente a las conductas taxativamente señaladas en su numeral 4°, la Corte al realizar su interpretación sistemática, puntualizó que "resulta un contrasentido, que una persona que cumple el requisito de la pena y no requiere de tratamiento penitenciario, tenga que esperar en detención hasta la sentencia condenatoria para que le puedan conceder la libertad. Como se trata de eventos en los cuales la sanción es arresto o prisión que no exceda de tres años, descontará en prisión toda la pena o una buena parte de ella, mientras se llega a la sentencia, para que allí le reconozcan que no requería estar en prisión el tiempo que ya estuvo".

La anterior consideración de la Corte es la que la defensa invoca y reclama que debe ser aplicada al caso concreto, pero olvida que luego de transcribir la Sala el contenido de la disposición en comento, se dijo "...la prohibición de la libertad provisional se refiere a la que se otorga con fun-

damento en el requisito puramente objetivo de la condena de ejecución condicional, *pero no comprende los casos en que se cumple además la consideración subjetiva de no requerir tratamiento penitenciario. Dicho en sentido contrario, en los casos previstos en el artículo 461, se puede negar la libertad cuando el procesado requiere de tratamiento penitenciario*" (cursiva y subrayas fuera de texto).

Se concluyó sin embargo que "Esta interpretación sugerida por doctrinantes y expositores nacionales y propuesta por el Ministerio Público, considera la Sala que se ajusta a una debida apreciación sistemática de la ley, y evita situaciones contradictorias e injustas, que constituyen motivo suficiente para variar la jurisprudencia en aras de una mejor administración de justicia. Además, este entendimiento coincide con el propósito del legislador de que la excarcelación constituya la norma general" (auto del 31 de julio de 1991 - Magistrado ponente doctor Ricardo Calvete Rangel), criterio que también el recurrente destaca en su petición al a-quo.

El delito de prevaricato por acción que se imputa al doctor Rojas Rodríguez, está contemplado en la lista de punibles que según el numeral 4° del artículo 417 del Código de Procedimiento Penal, no permiten el otorgamiento de la libertad provisional con fundamento en el motivo 1° del artículo 415 ibídem, no obstante estar penalizado al momento de la comisión del hecho con pena privativa de la libertad de uno (1) a cinco (5) años de prisión.

De acuerdo con la postura de la Corte ya citada, en el caso presente se daría la exigencia objetiva a que se refiere el artículo 68 del Código Penal a cuya remisión apunta la causal ya referida (numeral 1° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993), resultando obligada la referencia a los factores del orden subjetivo allí previstos, pues sólo así podrá determinarse si el procesado es merecedor o no a la libertad provisional deprecada.

Con relación a la existencia de otras investigaciones contra el doctor Rojas Rodríguez, por hechos similares a los aquí juzgados, no admite duda alguna que no pueden, por mandato del artículo 248 de la Carta Política, ser considerados como antecedentes penales para ningún efecto en que la ley exija su análisis, como por ejemplo en el artículo 72 del Código Penal para el otorgamiento del subrogado de la Libertad Condicional, en los casos expresamente excluidos en el numeral 1° de la Ley 415 de 1997, pero ello no implica que no puedan apreciarse en la evaluación que el Juez debe realizar sobre la personalidad del procesado. Tan cierto es ello, que el legislador advierte en esta preceptiva que "Con excepción de los delitos de: Enriquecimiento ilícito, homicidio agravado o lesiones personales agregadas por virtud de las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993; secuestro, extorsión; hurto calificado; los delitos dolosos previstos en la Ley 30 de 1986; los delitos previstos en el Decreto-ley 2266 de 1991,

excepto los de porte ilegal de armas de defensa personal, interceptación de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y amenazas personales o familiares; los delitos previstos en la Ley 190 de 1995, excepto cohecho por dar y ofrecer, prevaricato y utilización indebida de información privilegiada; los delitos previstos en la Ley 360 de 1997 y en la Ley 365 de 1997; y los delitos conexos con todos los anteriores, los cuales continuarán bajo el régimen del artículo 72 del Código Penal, para los demás delitos el beneficio de libertad condicional se concederá de la siguiente manera:

El juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas partes (3/5) de la condena, siempre que haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario.

Parágrafo. Salvo que exista orden de captura vigente en su contra, no podrá negarse el beneficio de libertad condicional atendiendo a los antecedentes penales o circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia para dosificar la pena o negar la condena de ejecución condicional" (Destaca la Corte).

Así las cosas debe concluirse:

a) El delito de prevaricato previsto en el artículo 149 del Código Penal (modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995), permite la excarcelación provisional del procesado, con fundamento en el numeral 2° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, cuando se reúnen los requisitos del artículo 1° de la Ley 415 de 1997 (artículo 72 A del Código Penal), pues expresamente se le excluye del régimen del artículo 72 del Código Penal, en cuyo caso, no podrá negarse atendiendo los antecedentes penales (sentencia condenatoria ejecutoriada) o las circunstancias agravantes (genéricas o específicas) tenidas en cuenta por el fallador al momento de tasar la pena o también para negar el subrogado de la condena de ejecución condicional, salvo que exista en su contra orden de captura vigente, pues en tal evento, la libertad provisional pretendida deberá ser analizada con fundamento en los requisitos objetivos y subjetivos a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, esto es, que haya cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta o llevare en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, habida consideración de la calificación que debería dársele, vale decir, el mismo que se requiere para obtener la libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla.

Esos requisitos corresponden a la personalidad del procesado, sus antecedentes de todo orden y su buena conducta durante el tiempo en reclusión, que permitan al funcionario judicial (Fiscal o Juez), según el caso, suponer fundadamente su readaptación social.

b) En relación con el numeral 1° del referido artículo 55 de la Ley 81 de 1993, necesario resulta afirmar que aquellas situaciones no previstas en el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal como prohibitivas de la excarcelación provisional, que cumplen las exigencias del artículo 68 del Código Penal, imponen al funcionario judicial la obligación de otorgar el beneficio, sin que pueda negarlo so pretexto de que el procesado requiere de tratamiento penitenciario.

Contrario sensu, si el delito por el cual se adelanta el proceso es de aquellos relacionados en el numeral 4° del artículo 417 del Código de Procedimiento Penal, entonces, se reitera en esta oportunidad, no necesariamente se impone la negativa al otorgamiento de la libertad provisional, sino que habrá de establecerse si la personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permiten suponer que el imputado no requiere de tratamiento penitenciario, en cuyo caso se le concederá.

Pero si de acuerdo con tales exigencias, el funcionario judicial (Fiscal o Juez) llega a la conclusión de que los factores del orden subjetivo impiden tal suposición, necesario resulta que el procesado sea sometido al régimen penitenciario, sin que con ello se desconozcan principios humanitarios y menos que se vulneren aquellos del orden constitucional como la presunción de inocencia, ya que de antemano se sabe que de ser condenado, no merece que se le reconozca el subrogado de la condena de ejecución condicional.

Para el caso concreto, no se pone a duda que el doctor Julio César Rojas Rodríguez favoreció con su decisión del 5 de enero de 1995 a Orlando Angarita Barragán, ordenando su libertad inmediata e incondicional, dando crédito sin reservas a su dicho de estar sufriendo privación de su libertad en razón de procedimientos ilegales de miembros de la Policía Judicial para obtener su captura por orden de un Fiscal Regional de Cali, librada con fundamento en prueba ilegalmente producida y por lo mismo inexistente, no obstante haber comprobado que contra el peticionario se había proferido por autoridad competente, medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, por conducta prevista en la Ley 30 de 1986.

Así mismo el doctor Rojas Rodríguez dejó constancia en la diligencia de inspección judicial, sobre la solicitud del Comandante del Departamento de Policía del Quindío al Fiscal Regional de Armenia elevada el 19 de mayo de 1994 para la interceptación de varias líneas telefónicas, así como también de la Resolución No. 591 del 26 de los citados mes y año, mediante la cual se consideró viable la petición, ordenando que se comunicara a Telearmenia para tal efecto (fol. 19 y 19 vto. Anexo No. 2), actuación que solamente podía ser cuestionada al interior del proceso y no como lo hizo el imputado, en la decisión que dio origen a estas diligencias por denuncia del Director Regional de Fiscalías de Cali, pues la orden de

captura librada contra Angarita Barragán tuvo ocurrencia mediante oficio del 20 de octubre siguiente, es decir, casi cinco (5) meses después de la mencionada resolución, luego de haber sido iniciada la correspondiente investigación penal el 5 de octubre del mismo año, cuando se privó de la libertad a Germán Uscátegui Ulloa a quien se le encontró heroína en cantidad de 260 gramos.

La gravedad del hecho por el cual se vinculó al proceso a Orlando Angarita Barragán y se decretó su detención sin beneficio de excarcelación, desde luego que no puede ser motivo para la negativa al otorgamiento de la libertad provisional del doctor Rojas Rodriguez, sino que su mención por parte del *a quo* en la providencia recurrida, resultaba obligada pues precisamente el funcionario ha debido tener especial esmero en su determinación, advertido por su propia actividad desplegada para confirmar la veracidad de la petición a él elevada, se reitera, que el recluso estaba afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación decretada por un Fiscal Regional, es decir, por autoridad competente.

El desconocimiento de esos precisos antecedentes procesales, es lo que hace en extremo grave su comportamiento, demostrativo además de una personalidad contraria a los postulados del instituto que su defensor reclama, si se tiene en cuenta que no es la única investigación que en su contra se adelanta por prevaricato, según puede deducirse del contenido de la Resolución de fecha 13 de febrero del corriente año, proferida por otro Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Cali, en la que se decreta medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, aunque se le sustituyó por la detención domiciliaria, ordenándose dar cuenta de dichas determinaciones a los Fiscales 2° y 7° Delegados ante la misma Corporación, quienes adelantaban investigaciones contra el citado ex Juez 23 Penal Municipal.

Finalmente, debe puntualizarse que no necesariamente procede la libertad provisional cuando al procesado se le ha decretado medida de aseguramiento de detención preventiva y sustituido por la detención domiciliaria, pues si ello fuese así, cual la razón para que desde un principio no se le favorezca con aquella. Simplemente, porque unos son los presupuestos para acceder a que el procesado cumpla su detención en su residencia y otros mucho más exigentes para que pueda gozar del beneficio de excarcelación, los cuales, se reitera, apuntan necesariamente a los requisitos previstos en el artículo 68 del Código Penal para el otorgamiento de la condena de ejecución condicional, como son la personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho, que para el caso concreto, impiden que se acceda a la solicitud de la defensa, ya que en criterio del Tribunal que esta Sala comparte, el doctor Julio César Rojas Rodríguez requiere de tratamiento penitenciario.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

CONFIRMAR la providencia impugnada de fecha 19 de junio del corriente año, mediante la cual el Tribunal Superior de Cali negó al doctor Julio César Rojas Rodríguez la libertad provisional.

Vuelvan las diligencias al Tribunal de origen y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICIO

"Cuando de prueba indiciaria se trata, como sustancialmente ocurre en el presente caso, se puede impugnar la fuente del indicio (la prueba en sí) o la inferencia lógica que a partir de la misma hace el juzgador en busca del hecho desconocido o indicado. Si se acoge lo primero, el casacionista debe acudir a los errores de derecho o de hecho y endilgarle alguno de estos al sentenciador en su tarea de apreciación o valoración de esos medios probatorios; si a lo segundo, el censor debe -como tiene dicho la jurisprudencia- demostrar que la "inferencia lógica" hecha por el fallador -realmente constitutiva de indicio- no merece tal calificativo, vale decir que esa deducción o inferencia fue irracional o caprichosa.

"No bastan, pues, y por ello resultan enteramente inidóneas, las meras apreciaciones que sobre dicho aspecto probatorio haga el censor, como queriendo hacer prevalecer su personal modo de ver sobre el panorama procesal que muestra en la sentencia el funcionario judicial, cuyo criterio, es bien sabido, corres protegido por la doble presunción de legalidad y acierto y que sólo puede ser derrumbado si se demuestra que se erige en yerros ostensibles sobre la misma ley o en torno a las pruebas." (M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz- agosto 31 de 1994).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., septiembre primero (1°) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 10316

Aprobado Acta No. 130

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados Reinaldo Arévalo Arévalo, Hernando de Jesús Castaño Tamayo y Luis Alfonso Sánchez Bedoya, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales,

confirmatoria de la dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Chinchiná, que condenó a los aquí recurrentes como autores del delito de homicidio agravado a la pena principal de dieciséis (16) años de prisión, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por diez años, y al pago de perjuicios causados con la infracción, modificándola en el sentido de condenar a Castaño Tamayo y Sánchez Bermúdez a ocho (8) años de prisión y la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, como cómplices del delito, al tiempo que revocó la condena en perjuicios materiales.

I. Hechos

Fueron resumidos por el Procurador así:

"El 14 de octubre de 1984 se hallaban de turno nocturno en la ciudad de Peretra el Sub Teniente Reinaldo Arévalo Arévalo comandando la patrulla integrada por los agentes Hernando de Jesús Castaño Tamayo y Luis Alfonso Sánchez Bedoya, habiendo retenido a los señores Oscar de Jesús Peña Gaitán alias el "flaco" y Alberto Betancurt Rivera, alias el "reservista", quienes ingresaron a la Permanente Central de Peretra sindicados del delito de hurto.

"Mientras eran conducidos al interior de las celdas, esto es en el pasillo, el St. Arévalo cogió a empellones al 'reservista' quien reaccionó de manera violenta, ante lo cual fue brutalmente golpeado por el policial con el revólver dejándolo "bañado en sangre".

"Fue así como en horas de la madrugada el St. Arévalo sacó del Comando de la Permanente de Peretra al "reservista" manifestándole que lo conduciría a la policía judicial y momentos más tarde hizo lo propio con Oscar de Jesús Peña Gaitán pese a que éste le suplicó de rodillas que no lo sacara de la central a esa hora de la madrugada. En los registros de la Permanente no figuran oficialmente registradas las salidas de estas dos personas.

"Sin embargo, al día siguiente se encontró un cadáver N.N. en la carretera de Chinchiná (Caldas) con claras muestras de haber sido torturado, pues se encontraba con las manos atrás y con varios impactos de balas, que posteriormente fue identificado por sus familiares como Oscar de Jesús Peña Gaitán. El "reservista" aún se encuentra desaparecido."

II. Actuación Procesal

El Juzgado Once de Instrucción Criminal de Chinchiná (Caldas) abrió la investigación con base en el levantamiento del cadáver de N.N. practicado por la Inspección de Permanencia de esa ciudad.

El Juzgado Tercero Superior de Manizalez avocó el conocimiento y una vez obtenida la identificación del cadáver de Oscar de Jesús Peña Gaitán

y establecidas algunas circunstancias que rodearon su muerte, remitió la actuación por competencia a la Inspección General de la Policía Nacional quien comisionó al Juzgado 71 de Instrucción Penal Militar de Pereira para que adelantara la investigación a la que fueron vinculados mediante indagatoria el Teniente Reinaldo Arévalo Arévalo y los agentes Luis Alfonso Sánchez Bermúdez, Hernando Castaño Tamayo, Ricardo Luis Ríos y Francisco Zuleta Sierra. A los tres primeramente citados se les resolvió la situación jurídica con detención preventiva y libertad provisional, y respecto a los dos últimos no se les impuso medida alguna.

Trabado un conflicto de competencias -negativo- entre el Comando de la Policía de Risaralda y el Juzgado 6o. de Instrucción Criminal de Chinchiná, la Corte Suprema asignó la competencia al Juzgado antes referido.

Finalmente, el Juzgado Dieciocho de Instrucción Criminal de Chinchiná cerró la investigación y la Fiscalía Treinta y Siete en providencia de septiembre 16 de 1993 calificó el mérito del sumario con resolución de acusación contra Reinaldo Arévalo Arévalo, Luis Alfonso Sánchez Bermúdez y Hernando de Jesús Castaño Tamayo como presuntos coautores del delito de homicidio, y revocó la libertad provisional conferida en el auto que definió la situación jurídica, solicitó la suspensión en el cargo de Arévalo y Sánchez, y ordenó la captura de Castaño. Profirió preclusión de la investigación a favor de Antonio Zuleta Serna y Ricardo Luis Giraldo Ríos.

El Juzgado del Circuito de Chinchiná adelantó la etapa de la causa, y una vez efectuada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria que al ser apelada por los defensores de los procesados fue confirmada por el Tribunal con las modificaciones antes reseñadas.

III. Las Demandas

1o. Demanda presentada a nombre de Hernando de Jesús Castaño Tamayo.

Presenta un cargo al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, prevista en el artículo 220 del C. de P.P., "por ser el fallo indirectamente violatorio de normas sustanciales al haber incurrido en error de hecho al apreciar el contenido y significado de la prueba testimonial e indiciaria que sirvió de fundamento a la decisión."

Enuncia un error de hecho por falso juicio de identidad, "implementado al acometer el Tribunal el proceso lógico-racional de adecuación de prueba indiciaria y malinterpretar o deformar los hechos indicantes, otorgándoles un significado y unas consecuencias que naturalmente no les eran apropiados".

En la demostración de la censura enfatiza en la advertencia consignada en la sentencia sobre la existencia de graves indicios de responsabili-

dad, "inspirados y estructurados en el testimonio de Bertulfo Hernández Cruz, a quien razonable y ponderadamente confiere la máxima atendibilidad", pasando luego a reproducir los mismos al igual que las conclusiones que de ellos sacó el sentenciador.

En lo que denomina "Crítica e impugnación de las erradas conclusiones del Tribunal con respecto a los hechos indicadores debidamente acreditados, para derivar de ellos una certeza de responsabilidad inexistente en autos", afirma lo siguiente:

"Las circunstancias de hecho atrás esbozadas, consideradas por el Tribunal como indicios de participación 'en la primera etapa de la fase ejecutiva' del homicidio, ni por sí solos en particular ni considerados en su conjunto permitían la desbordante extensión conceptual que se les otorgó para deducir de ellos la certeza de responsabilidad a título de cómplices en relación con los agentes Hernando de Jesús Castaño Tamayo y Luis Alfonso Sánchez Bermúdez, como se expondrá a continuación. Cabe advertir que no se trata aquí de oponer el personal criterio a las apreciaciones y consideraciones de la sentencia, sino de confrontar con las únicas y razonables opciones que de manera objetiva ofrecen los hechos indicantes a la luz de la lógica y la experiencia, pilares esenciales e imprescindibles de la sana crítica".

Pasa a analizar cada uno de los indicios reseñados en la sentencia, iniciando por el denominado "posibilidad de delinquir" en que se encontraban los tres inculpados, pues efectivamente prestaron servicio de patrullaje durante la madrugada del 14 de octubre de 1984, condujeron a Peña Gaitán al permanente en calidad de capturado, para decir que es veraz el contenido de la prueba y atinadas son las conclusiones que de ella se derivan, pero el indicio apenas marca una evidencia, que los tres sindicados disponían de la oportunidad de atentar contra la vida del aprehendido, "pero sólo a partir del momento en que lo retiraron a los exteriores del permanente...pues también es evidente que dentro de las instalaciones de la inspección únicamente el sub-teniente Arévalo disponía de poder o facultad para tomar cualquier determinación con respecto al detenido; y fue allí y no afuera donde tuvo inicio el *iter criminis*." Por ello considera que el Tribunal se equivoca cuando sugiere con imprecisión que los tres procesados acompañaron a la víctima "antes de morir", pues "no existe dentro del proceso un instante preciso que pueda considerarse como el inmediatamente anterior a la occisión".

Concluye que el indicio apenas señala que los agentes Castaño y Sánchez estuvieron en contacto con la víctima hasta el momento en que fue retirada del permanente por el Teniente Arévalo, pero no "hasta antes de morir", y que el decurso criminal tuvo génesis en las instalaciones del Permanente "por iniciativa del teniente Arévalo y en ningún aspecto por voluntad de los dos agentes".

En lo que tiene que ver con el indicio de mentira, considera que las estimaciones de la sentencia al respecto no dejan de ser frases "huecas, vacías de todo significado y contenido, que no pueden invocarse como pretexto para elaborar un indicio de escritorio", pues el teniente Arévalo faltó a la verdad porque todos los indicios apuntan contra él, los "policías pudieron mentir por respeto a él, por temor reverencial a su calidad superior, por amistad, por encubrirlo o porque efectivamente colaboraron en la ejecución del homicidio; pero las posibilidades se confunden en una maraña de hipótesis y conjeturas tan ambiguas como diversas", además se ignora el grado y alcance de esa presunta cooperación.

Acierta el fallo cuando acepta, contradictoriamente con las consideraciones allí contenidas, que la mentira no sólo encubre el hecho principal sino que puede pretender ocultar "*hechos precedentes*", que son los que callaron o negaron los dos agentes y que no los comprometen a título de cómplices, puesto que el retiro de la víctima de las instalaciones del Permanente Central, inclusive para el teniente Arevalo, no pasaba de ser un mero acto preparatorio que aún en los mismos alrededores de la Inspección podía ser desistido.

El caudal probatorio señala a un solo culpado con "dominio del hecho", situación que resulta irreconciliable respecto de los dos agentes.

Así, respecto de la salida irregular de la víctima, señalada en la sentencia como un indicio más en contra de los procesados, considera el actor que se trata de un hecho solamente atribuible al St. Arévalo, como quiera que el occiso Peña Gallán fue custodiado bajo sus órdenes y bajo cuyo imperio fue retirado ilegalmente del permanente, y fue también él la persona que "deliberadamente" omitió dejar las constancias sobre la situación del aprehendido, y quien además tuvo el altercado con "el reservista". Por eso considera que estas circunstancias fueron errónea y extensivamente deducidas a quienes ninguna proximidad tuvieron con tales situaciones".

En lo atinente al estado en que se halló el cadáver "del cual se pasa a inferir la intervención mancomunada de varias personas" dice el censor que solo contiene suposiciones y generalizaciones que "deforman su estructura y significado y permitieron irradiar sus efectos a personas que no podían ser afectadas por él, como lo fueron los agentes Castaño Tamayo y Sánchez Bermúdez".

De lo anterior concluye que si bien el cadáver presentaba signos inequívocos de que la víctima fue sometida a "total indefensión y que se abusó de ella hasta el extremo de la sevicia", ninguna sana lógica autoriza inferir que necesariamente debieron participar varias personas, pues "luego de atado las manos cualquier cobarde, por su sola cuenta, podía disponer del sometido a su libre arbitrio", y si hubo colaboración pudo ser de cualquier "voluntario" diferente de los dos policías".

El Tribunal sin ser expreso, y en las conclusiones del capítulo consagrado a los indicios, parece deducir otro indicio, esto es, que los uniformados no podían ignorar "el objetivo de la salida irregular, nocturna y clandestina de la víctima, que sería inobjetable si cuando Arévalo "ordenó" a los agentes el traslado del aprehendido les hubiera advertido "expresamente que lo retiraba para darle muerte" y dicha colaboración hubiese sido necesaria. Plantea una serie de dudas que pueden surgir, habida cuenta de que la víctima permaneció en el "limbo" por doce horas.

Considera que se quebrantaron los artículos 300 y 303 del C. de P. P., así como las directrices para la apreciación de la prueba contenidas en el artículo 254 *ibidem*, en cuanto ordena valorarlas de conformidad con los dictados de la sana crítica, y los artículos 24, 323 y 324 del C.P., solicitando en consecuencia casar la sentencia para que se dicte fallo sustitutivo absolviendo a Hernando de Jesús Castaño Tamayo.

2o. Demanda presentada a nombre de Reinaldo Arévalo Arévalo.

Primer cargo.

El actor acusa la sentencia del Tribunal de que fue dictada en un juicio viciado de nulidad, porque su representado no fue legalmente vinculado al proceso por cuanto la indagatoria se recepcionó tres años después de ocurridos los hechos, "pero el oficial Arévalo para esta trascendental diligencia de indagatoria NO ESTA ASISTIDO POR UN ABOGADO, sino por un oficial del ejército y bien sabemos que la H. Corte Constitucional dijo en reciente fallo que no es defensa técnica la que realiza un oficial, sino la que realiza un abogado titulado."

Analiza la trascendencia de la indagatoria como medio de defensa aduciendo su fundamento constitucional en el artículo 29 de la Carta el cual transcribe, y afirma que se quebrantó el artículo 1o. del C. de P.P., "como que se desconocieron los pasos de un debido proceso", así como también se desconoció el contenido del artículo 246 ibidem. "pues el fallo se basa esencialmente en prueba que no se aportó en forma legal", y el artículo 247 del mismo código porque se dictó sentencia condenatoria sin que existiera legal vinculación del procesado.

Igualmente cita como normas violadas los artículos 355, 358, 304 y 30 del C. de P.P., así como el artículo 324 del C.P., agregando mas adelante que la investigación se dedicó a "buscar una sola tesis" dejando de lado lo relativo al Jeep que según algunos testigos fue visto por varias personas la noche en que se dejó el cadáver en el sitio donde se encontró, ni se trato de establecer si Arévalo era o no el propietario del mismo, quebrantándose el artículo 250 de la C.N. que impone a la Fiscalía investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado.

Termina la sustentación de la censura aduciendo que "con violación indirecta, se dejó de tener en cuenta una situación fáctica que favorecía al implicado en grado sumo".

Segundo cargo

Este reproche lo formula el censor en los siguientes términos:

"En subsidio acuso el fallo por haberse dictado con violación (indirecta), de la ley sustancial, al tenor de lo estatuído por el artículo por el art. (sic) 220 num. 1o. del C. de P.P."

"El error consiste en que se dio a algunos hechos el valor probatorio que no tenían ni pueden tener".

Sobre este aspecto arguye que el hecho de que Arévalo comandara la patrulla no constituye ni siquiera un sub-indicio, ya que el occiso apareció "mucho tiempo después en paraje alejado y nadie puede decir que el autor material e intelectual haya sido el señor Capitán Arévalo", razón por la cual estima que se quebrantó el contenido del artículo 300 del C. de P.P.

No puede decirse que exista el "sub-indicio del móvil", pues el disgusto fue con una persona distinta al occiso, por lo que se debe decir que no existe indicio, "ya que ni siquiera está demostrado el hecho indicador".

El hecho de que Arévalo no recordara la captura, ni el incidente o "lo haya negado, por sí solo no constituye prueba para condenar, pues para la fecha de la indagatoria habían transcurrido más de tres años, así como que "tampoco resulta lógico decir que como el oficial no dejó constancia sobre la salida del occiso, él es el autor de una muerte. Ello es absolutamente sencillo".

Por último, concluye que no existe prueba "que permita decir cómo, cuándo y dónde oficial y agentes se concentraron para dar muerte al occiso, ni cómo, cuándo y dónde lo asesinaron, ni cómo, cuándo y donde ocurrió el hecho", no se sabe siquiera quién o quiénes fueron los autores materiales directos". Cuestiona nuevamente las conclusiones de la sentencia, para reiterar el quebrantamiento de los artículos 300, 301 y 302 del C. de P. P.

Solicita que se case la sentencia para que se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la indagatoria, o para que "por falta de prueba se dicte fallo absolutorio".

3o. Demanda presentada a nombre de Luis Alfonso Sánchez Bermúdez.

El defensor, en idénticos términos que los de la demanda anterior, y con algunos agregados formula las censuras.

En lo que tiene que ver con el primer cargo de nulidad, se adiciona una transcripción de varios apartes de la sentencia de inexequibilidad del artículo 374 del Código Penal Militar, en la parte demandada, proferida por la Corte Constitucional el 9 de diciembre de 1993.

En lo que respecta al segundo cargo, es decir, el formulado por violación indirecta de la ley, el actor refiriéndose concretamente a "los errores cometidos con el señor Agente Sánchez", sostiene que los indicios de oportunidad extraídos del hecho de que Arévalo y Castaño integraban una patrulla y manifestaron que no habían retenido a nadie, no son indicios y no se refieren a su defendido.

Dice lo mismo del indicio del móvil, basado en el altercado que tuvo Arévalo con uno de los capturados, pues el occiso fue otro y por tal razón "se viola por esa ilogicidad el mismo artículo 300 del Código de Procedimiento Penal, pero de todas formas fue el oficial y no el agente el que tuvo el altercado".

Concluye que existe una "vaguedad infinita" en cuanto a si el teniente actuó solo o en compañía de otras personas, lo que indica que el tribunal tenía "una tremenda duda que lejos de tratarla como tal, la resolvió convirtiendo esa duda en indicio mediante una serie de malabarismos improcedentes", razón por la que infiere la violación también de los artículos 246 y 243 del C. de P. P.

Las peticiones son las mismas que en la demanda anterior.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte no casar el fallo impugnado por las siguientes razones:

1. Refiriéndose a la demanda presentada a nombre de Hernando de Jesús Castaño Tamayo, advierte que la pretendida demostración del error de hecho por falso juicio de identidad está lejos de la naturaleza misma de la censura y de lograr su cometido, pues la afirmación con que el recurrente inicia el reproche basta para sostener la subsiguiente sinrazón en que incurre.

Si acepta que el Tribunal razonable y ponderadamente le confiere la máxima credibilidad a la declaración de Bertulfo Hernández Cruz a partir de la cual se estructuran los indicios, resulta contradictorio "que se le atribuya a esas deducciones errores por parte del fallador consistentes en 'malinterpretar o deformar', pues si a partir de allí se estructuraron los indicios, ello significa que es esta prueba la que demuestra los hechos indicadores". A lo largo de la argumentación no menciona el actor qué aspectos de dicho testimonio fueron distorsionados en la sentencia.

Descuida además su formulación inicial que sugiere que el ataque va contra la prueba de los diferentes hechos indicadores, para enfrascarse en una argumentación sin salida respecto de las inferencias lógicas de la sentencia, que terminan por desdibujar y desviar el ataque hacia el campo del error de derecho por falso juicio de convicción, como quiera que termina proponiendo una arduo enfrentamiento entre sus propias deduc-

ciones y valoraciones, con las de la sentencia, enfrentamiento que no produce ningún efecto en esta sede.

No es posible desvirtuar el compromiso penal que frente a los hechos le cabe a Castaño Tamayo con un análisis pormenorizado pero aislado de cada uno de los hechos indicadores, puesto que la responsabilidad de los aquí involucrados, en uno u otro grado de participación, es el producto del análisis lógico y razonable de todas y cada una de las pruebas que soportan tales hechos base del indicio.

Tampoco resultan aceptables las demás consideraciones como las relativas al indicio de mentira, donde dentro de las varias alternativas deductivas que presenta el actor al respecto, está la de la efectiva colaboración en el hecho punible, olvidando mencionar que no es por sí misma y aislada esta situación de lo que el fallador infiere la mentira, sino que dentro del contexto probatorio esta es la inferencia que conforme a la lógica y a la experiencia deviene con mayor fuerza.

En lo que respecta a los indicios de salida irregular de la víctima del lugar adonde fue llevada retenida, estado del cadáver, y conocimiento del objetivo irregular de la salida, el actor aspira a satisfacer la demostración del pretendido yerro tratando de radicar la responsabilidad exclusiva de estos hechos en cabeza de Arévalo Arévalo, sin aludir a las pruebas que soportan tales afirmaciones.

El cargo no debe prosperar.

2. En cuanto a las demandas presentadas a nombre de los procesados Reinaldo Arévalo Arévalo y Luis Alonso Sánchez Bermúdez, teniendo en cuenta que son sustancialmente idénticas, la Delegada procede a responderlas conjuntamente así:

Causal Tercera: La demostración de la censura se soporta en una serie de afirmaciones inconclusas ajenas a la naturaleza de la proposición inicial, que por lo mismo, no logran evidenciar el desconocimiento de las bases de la instrucción y el juzgamiento, ni la vulneración de garantías fundamentales de los sujetos procesales.

De manera incoordinada el ataque propuesto por los defensores se queda en la mera afirmación de la existencia de la nulidad, pues no concretan cuál de las causales contenidas en el artículo 304 del C.P.P. es la que aspiran demostrar, aunque en principio el hecho de acudir a la vinculación tardía y ausencia de abogado en la indagatoria permite colegir que se trata de una nulidad por afectación del derecho de defensa, a renglón seguido aducen que "se desconocieron los pasos de un debido proceso (artículo 304-3-2 *ib.*), además del quebranto de los artículos 246 y 247 del C. de P. P., porque a su modo de ver la sentencia no se basó en prueba legalmente aportada al proceso, y sin que los procesados estuvieran legal-

mente vinculados, sugiriendo de manera confusa la existencia de la duda o bien de errores de derecho por falso juicio de legalidad.

Mayor es el desatino de los demandantes cuando arguyen que la investigación sólo se dirigió a comprobar "una sola hipótesis" dejando de lado otras como las que tienen que ver con el jeep en el que al parecer se transportó a la víctima al lugar donde fue hallada, ya que ello supone el desconocimiento de la investigación integral, que implica además la vulneración del derecho de defensa, el quebrantamiento del debido proceso, que como tal exige su demostración de manera independiente y efectivamente al amparo de la causal tercera de casación. Creen los censores complementar lo anterior aduciendo la violación indirecta de la ley por cuanto no se tuvo en cuenta un indicio que favorecía a los implicados, y que por lo inoportuno releva a la Delegada de cualquier comentario.

No obstante lo anterior, en lo que tiene que ver con la vinculación tardía de los sindicados y la calidad del defensor de oficio que los asistió en la indagatoria, el planteamiento de los impugnantes carece de fundamento fáctico y jurídico.

Hace una reseña de las circunstancias que demuestran lo dispendiosa que fue la labor que tuvieron que realizar los diferentes funcionarios que de una y otra manera conocieron de esta investigación, para concluir que no es conforme con la realidad del proceso aducir como causal de nulidad la vinculación tardía de los procesados, puesto que ello no obedeció a falta de diligencia de los funcionarios y no implicó vulneración de garantías fundamentales de aquéllos.

En lo que tiene que ver con la calidad de las personas que como defensores asistieron a Arévalo y Sánchez en sus respectivas indagatorias, tampoco aciertan los casacionistas al pretender en este momento del proceso provocar una nulidad que no soporta ninguna argumentación jurídica, pues forzoso resulta tener en cuenta que se trata de actos cumplidos bajo el imperio y vigencia de una ley, cuyos efectos de inexequibilidad posteriores en virtud del cambio de constitución no pueden retrotraerse.

Los procesados fueron asistidos en la indagatoria por un oficial y un mayor respectivamente como lo establecía el artículo 374 del Código Penal Militar, cuyo texto transcribe advirtiendo que el aparte que se destaca fue declarado inexequible mediante sentencia No. C-592 de diciembre 9 de 1993, y esa no es razón que amerite la declaratoria de nulidad como quiera que las indagatorias de los dos procesados fueron practicadas el doce de marzo y el 16 de diciembre de 1987 en vigencia del artículo 34 de la Ley 16 de 1986 -que fue sustancialmente reproducido en el artículo 374 del Decreto 2550 de 1988- sin contar con la ampliación de indagatoria rendida por Arévalo el 11 de febrero de 1988 a la que asistió con su defensor de confianza, esto es seis años antes de que en virtud de la nueva consagración constitucional sobre el derecho a la defensa técnica se declarara la

inexequibilidad de la norma que facultaba a los instructores para realizar dicha diligencia nombrando como defensor a un oficial de la fuerza pública, circunstancia que permite afirmar en la actualidad la legalidad y legitimidad de tales actos procesales, aspecto que también reconoce la Corte Constitucional en la sentencia referida, y así lo entendió la Sala de Casación Penal en auto de junio 13 de 1995.

No existiendo ninguna de las nulidades propuestas el cargo no debe prosperar.

Causal Primera

Destaca la Delegada la falta de claridad y precisión del reparo, pues no se especifica la clase de error y mucho menos su sentido. Sin embargo, los recurrentes en la sustentación de la censura sugieren un falso juicio de convicción que en sede de casación resulta estéril, ya que los fallos judiciales arriban a esta sede con la doble presunción de acierto y legalidad, además de que los jueces para la valoración probatoria no están sujetos a una tarifa legal.

Las argumentaciones presentadas a nombre de cada uno de los procesados se diluyen en una serie de divagaciones que sólo contienen escuetas afirmaciones de los demandantes donde cuestionan desde su punto de vista las conclusiones del Tribunal, afirmando de cada una de ellas que no constituyen indicio, sin desquiciar el sustento fáctico en que se apoyó la sentencia.

De la petición final que hacen los libelistas se infiere que pretendían fundamentar la existencia de la duda a favor del procesado, pero aún así resulta una tarea imposible suplir los defectos técnicos de las demandas, que no cumplen con lo que tiene bien claro y definido la jurisprudencia desde antaño sobre el particular; por lo que el cargo tampoco debe prosperar.

V. Consideraciones de la Corte

1. Antes de examinar las tres demandas de casación presentadas, es oportuno traer a colación un pronunciamiento de la Sala que tiene que ver con los planteamientos en ellas consignados.

"Cuando de prueba indiciaria se trata, como sustancialmente ocurre en el presente caso, se puede impugnar la fuente del indicio (la prueba en sí) o la inferencia lógica que a partir de la misma hace el juzgador en busca del hecho desconocido o indicado. Si se acoge lo primero, el casacionista debe acudir a los errores de derecho o de hecho y endilgarle alguno de estos al sentenciador en su tarea de apreciación o valoración de esos medios probatorios; si a lo segundo, el censor debe -como tiene dicho la jurisprudencia- demostrar que la 'inferencia lógica' hecha por el fallador -realmente cons-

titulitva de indicio- no merece tal calificativo, vale decir que esa deducción o inferencia fue irracional o caprichosa.

"No bastan, pues, y por ello resultan enteramente inidóneas, las meras apreciaciones que sobre dicho aspecto probatorio haga el censor, como queriendo hacer prevalecer su personal modo de ver sobre el panorama procesal que muestra en la sentencia el funcionario judicial, cuyo criterio, es bien sabido, corre protegido por la doble presunción de legalidad y acierto y que solo puede ser derrumbado si se demuestra que se erige en yerros ostensibles sobre la misma ley o en torno a las pruebas" (M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz- agosto 31 de 1994).

Ninguna de las demostraciones a que hace referencia la jurisprudencia en cita intentaron en este caso los demandantes, como seguidamente pasa a verse.

2. *Demanda presentada a nombre de Hernando de Jesús Castaño Tamayo.*

El casacionista en el único cargo que formula ataca la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, originada en un error de hecho por malinterpretar o deformar los hechos indicantes, otorgándoles un significado y unas consecuencias que naturalmente no le eran apropiadas, pero en lugar de demostrar lo enunciado, lo que hace es exponer sus propias deducciones y valoraciones respecto de las pruebas, con la aspiración de que prevalezcan sobre las del fallador, pretensión inútil, pues sabido es que salvo demostración de errores trascendentes que vicien de ilegalidad la decisión, las consideraciones del sentenciador priman sobre las de los sujetos procesales, al estar cobijada la sentencia de segunda instancia por la doble presunción de legalidad y acierto.

Es así que la afirmación del Tribunal de que "...el conocimiento del hecho permitió establecer quiénes fueron las personas que estuvieron con él la última vez que se le vio antes de morir y no en situación de libertad sino de sojuzgamiento e indefensión", la tergiversa el defensor para poder decir que no existe dentro del proceso un instante preciso que pueda considerarse como el inmediatamente anterior a la occisión, aseveración que no está haciendo el juzgador, pues claramente dice que a los tres implicados fue a las últimas personas que se les vio con Oscar de Jesús Peña, y luego apareció muerto, lo cual es un hecho plenamente probado, que ni siquiera el recurrente se atrevé a desconocer, en la medida en que admite que "los agentes Castaño Tamayo y Sánchez Bermúdez estuvieron en contacto con la víctima hasta el momento en que fue retirada del permanente".

Ese tipo de sofismas y de manipulación del texto del fallo para apoyar las críticas no es de recibo, pues fácilmente se detecta que pone a decir a la sentencia cosas que no contiene, y sobre eso se basa para hacer el ataque, con lo cual es evidente que éste carece de respaldo procesal.

En este mismo orden de ideas, tomar de manera aislada el "indicio de mentira", para decir que si bien dicha mentira existió pudo ser que los agentes obraron así por temor reverencial al superior, por respeto, por amistad, por encubrirlo etc., es desconocer que las pruebas por orden legal se aprecian "en conjunto", y eso les da un contexto muy diferente al que logra el libelista separándolas, pues es verdad que el simple hecho de mentir visto en abstracto no parece suficiente para declarar a alguien cómplice de un delito, pero la conclusión cambia cuando se analiza que los policiales manifestaron no haber detenido a nadie sindicado de hurto aquella noche, y las pruebas revelan que no sólo lo detuvieron, sino que ese desgraciado sujeto fue sacado después de las instalaciones de la policía, y apareció muerto de cinco disparos en el cráneo, hechos a corta distancia, y en estado de total indefensión, como quiera que tenía las manos atadas a la espalda.

A propósito de la forma como fue encontrado el cadáver, las inferencias que hace el tribunal son lógicas, coherentes con lo probado, y ajustadas a las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, lo cual no quiere decir que es imposible que en algún otro caso una sola persona pudiera llegar a hacer lo mismo, que es la tesis del defensor, pero ocurre que en este asunto la prueba correctamente apreciada indica que no fue únicamente el Oficial Arévalo el que intervino, sino que lo hizo con la ayuda de los dos agentes sentenciados como cómplices.

Una última observación sobre la falta de consistencia de la alegación, es que el defensor llega hasta el extremo de criticar que el Tribunal infiera que los policías sabían cuál era la finalidad para la cual se sacaba irregularmente a los detenidos a esas horas de la madrugada, lo cual teniendo en cuenta el antecedente, y lo inexplicable de esa medida, es francamente indiscutible, así como lo es el afirmar su intervención.

En síntesis, lo que se observa es que el censor admite -como era forzoso hacerlo, dada la evidencia recaudada- los hechos indicadores, pero centra su exposición en extraer de los mismos conclusiones diversas a las del sentenciador con el fin de que la Corte las prefiera, procedimiento propio de las instancias pero ajeno al recurso de casación. Además, hace reparos sin tener en cuenta que precisamente por no haberse podido probar si los agentes participaron en toda la ejecución del hecho, así existan serias dudas al respecto, fue por lo que se les sentenció como cómplices, ya que lo establecido suficientemente fue que prestaron ayuda.

En las anteriores circunstancias el reparo no prospera.

3. Demandas presentadas a nombre de Reinaldo Arévalo Arévalo y Luis Alfonso Sánchez Bermúdez

Teniendo en cuenta que los libelos de los dos defensores de los procesados son idénticos en los planteamientos, la Sala procede a responder las censuras en forma conjunta.

Primer cargo

Aunque de manera impropia mezclan varias supuestas irregularidades que darían lugar a nulidad, lo cual debería ser tratado en capítulos separados, ello no impide a la Sala pronunciarse sobre los temas propuestos, así:

a) Se ataca la sentencia porque se dictó en un juicio viciado de nulidad porque Arévalo y Sánchez fueron vinculados tres años después de ocurridos los hechos, y además en la diligencia de indagatoria no fueron asistidos por un abogado titulado sino por un Capitán y un mayor respectivamente.

Es cierto que los procesados fueron vinculados al proceso mediante indagatoria luego de tres años de sucedido el crimen, pero no puede dejarse de lado que sólo hasta el 30 de enero de 1985 se logró establecer la identidad del cadáver junto con las posibles causas de su muerte, a raíz del oficio No. 1.194 de la misma fecha, donde además se daba cuenta de la posible participación del St. Arévalo.

Remitidas las diligencias por competencia a la Jurisdicción Penal Militar el 26 de marzo de 1985, mediante auto de julio 17 del mismo año el Juzgado de primera instancia ordenó la práctica de algunas pruebas tendientes a establecer la vinculación de Arévalo con la institución, y si para la fecha de los hechos se encontraba de turno en Pereira, para que una vez cumplido lo anterior, se sometiera a diligencia de indagatoria y dentro del término legal se le resolviera la situación jurídica.

Para la práctica de esta diligencia fue comisionado el Juez 71 de Instrucción Penal Militar de Pereira, quien después de una serie de dificultades para establecer la ubicación de Arévalo, se vio en la necesidad de devolver la comisión sin la práctica de la indagatoria, pues éste se encontraba prestando sus servicios en Bogotá, advirtiéndolo así al comitente en auto de julio 11 de 1986 (fol. 220 del C.O.).

El Juzgado de primera instancia nota que no se ha vinculado a Arévalo, y considerando la necesidad de vincular además por los mismos hechos a Sánchez Bermúdez, Castaño Tamayo, Giraldo Ríos y Zuleta Sierra, nuevamente mediante auto de noviembre 20 de 1986 comisiona para ello al Juzgado 71 de Instrucción Penal Militar.

Fue así como mediante auto de enero 7 de 1987 dicho juzgado ordenó cumplir la comisión "previa averiguación del lugar donde se encuentran cada uno de los ordenados vincular al proceso, y correspondiente citación", y una vez obtenida la respuesta dispone a su vez comisionar al Juzgado de Bogotá para que recibiera indagatoria a Arévalo y Sánchez, habiéndose devuelto la comisión en lo que tiene que ver con el primero, pues para entonces ya se encontraba en el Atlántico; no obstante en lo

que tiene que ver con Sánchez Bermúdez si se cumplió, pues se le escuchó en indagatoria el 12 de marzo del año citado por el Juzgado 65 de Instrucción Penal Militar, diligencia en la que el indagado manifestó que nombraba como apoderado para que lo asistiera al Mayor José Gonzalo Cuervo Joya, oficial de la Policía en servicio activo (fols. 223 y ss. C.O.).

Finalmente luego de ordenado otro despacho comisorio a Valledupar, y de un incumplimiento por parte de Arévalo Arévalo para llevar a efecto la diligencia de indagatoria, ésta se llevó a cabo el 16 de diciembre de 1987 por parte del Juzgado 63 de Instrucción Penal Militar de esa ciudad, dentro de la cual el indagado manifestó que nombraba para que lo asistiera al C.T. Marco Aurelio Forero Quintero (fols. 409 y ss.).

Como fácil puede verse, y conforme con la realidad del proceso, es evidente que la circunstancia que presentan los defensores como constitutiva de nulidad no lo es, puesto que la tardía vinculación de los procesados no obedeció a la falta de diligencia de los diferentes funcionarios que en una u otra forma conocieron de la investigación, quienes como lo advierte el Ministerio Público tuvieron que realizar una labor dispendiosa, sino a motivos ajenos a ellos, causados por las particularidades del proceso y por la falta de colaboración de los implicados. Además, también es claro que no se les vulneró ninguna garantía.

b) De otro lado, es cierto que los procesados Arévalo Arévalo y Sánchez Bermúdez fueron asistidos en sus indagatorias por un capitán y un mayor respectivamente, pero ello no es constitutivo de nulidad, pues forzoso resulta tener en cuenta que estos actos se cumplieron bajo el imperio y vigencia de una ley cuya inexequibilidad fue posterior y sin efectos retroactivos.

El artículo 374 del Código Penal Militar establecía que "en los procesos penales militares el cargo de defensor puede ser desempeñado por un abogado en ejercicio o por un oficial de las Fuerzas Armadas o de la Policía en servicio activo. Los oficiales solo podrán actuar en los recursos de casación cuando sean abogados en ejercicio". El aparte de la norma escrita en negrillas fue declarado inexequible mediante la sentencia No. C-592 del 9 de diciembre de 1993.

Sin embargo, necesario resulta recordar que las indagatorias de Arévalo y Sánchez fueron practicadas el 16 de diciembre y el 12 de marzo de 1987, esto es cuando estaba en vigencia el artículo 34 de la Ley 16 de 1968 -que fue sustancialmente reproducido en el artículo 374 del Decreto 2550 de 1988-, luego razón le asiste al Ministerio Público al conceptuar que no hay motivo alguno de nulidad, puesto que las indagatorias tuvieron lugar seis años antes de que se declarara la inexequibilidad de la norma que facultaba a los instructores para realizar dicha diligencia nombrando como defensor a un oficial de la fuerza pública, circunstancias que de suyo permite afirmar en la actualidad la legalidad y legitimidad de tales actos procesales.

Este aspecto también lo reconoce la Corte Constitucional en la sentencia referida, cuyos efectos son señalados hacia el futuro.

c) La afirmación de que la investigación sólo se dirigió a comprobar "una sola hipótesis" dejando de lado otras, no es demostrativa de que se hubiera violado el principio de investigación integral, pues es normal que un defensor que ingresa al proceso después de haber actuado otro, estime que hubiera sido oportuno practicar algunas pruebas adicionales a las recaudadas, pero lo cierto es que en su momento no fueron pedidas, y dada la contundencia de las existentes, el instructor con razón pudo estimarlas innecesarias, o simplemente no advertirlas.

Es absurdo creer que así el instructor tenga claro y demostrado lo ocurrido, so pretexto de garantizar la investigación integral tenga que inventarse otras hipótesis, como si la garantía llegara hasta el extremo de obligarlo a desdeñar lo probado para darle paso a lo improbable.

La Sala en total acuerdo con el Ministerio Público, concluye que no existe nulidad alguna, luego el reproche se rechazará.

Segundo cargo

Los casacionistas se limitan a afirmar que atacan la sentencia por violación indirecta de la ley sustancial, sin especificar concretamente cuál es el error de hecho o de derecho en que pudo incurrir el sentenciador.

En el desarrollo del ataque se constata que no tienen ningún error para denunciar, pues se limitan a aseverar que "se dio a algunos hechos el valor probatorio que no tenían", y a manera de demostración agregan que del hecho de que el Oficial Arévalo comandara una patrulla que capturó al occiso no se puede deducir un indicio necesario, ni siquiera un sub indicio de oportunidad; que no puede decirse que exista el sub-indicio de móvil porque el incidente no fue con el occiso sino con otra persona; que el hecho de no recordar la captura ni el incidente, o que los haya negado, no constituye prueba para condenar; y que tampoco es lógico que como el Oficial no dejó constancia de la salida del detenido, es el autor de la muerte, con lo cual no sólo no acreditan nada, sino que ponen de presente que desconocen el contenido de la sentencia, pues en ella no se hacen ese tipo de afirmaciones aisladas.

Es claro que en estas demandas se tiende a la misma estrategia de la primera que se comentó, es decir, a fraccionar la argumentación de la sentencia con el propósito de debilitarla, porque es evidente que mirando la prueba en su conjunto el acierto del fallo es indiscutible. Como ya se dijo, esa manera de cuestionar las decisiones judiciales no tiene posibilidad de prosperar.

Le asiste razón al Procurador al afirmar que la argumentación presentada a nombre de cada uno de los procesados se reduce a una serie de divagaciones, que solo contienen escuetas afirmaciones de los demandantes donde desde su punto de vista cuestionan las conclusiones del Tribunal, afirmando que cada una de ellas no constituye indicio, sin que hagan alusión alguna a las pruebas a partir de las cuales se elaboraron las diferentes inferencias lógicas, y sin desquiciar el sustento fáctico en que se apoyó la sentencia para deducir la responsabilidad de los procesados, a Arévalo como autor y a Sánchez como cómplice.

El cargo será desestimado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema en Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Hugo H. Rodríguez Cortés, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD CONDICIONAL/ ANTECEDENTES

Tiene dicho la Corte que el otorgamiento de la libertad condicional, cuyo análisis provisional se procura por incidir en el derecho a la excarcelación, conlleva la concurrencia de una doble labor de diagnóstico y pronóstico sobre el inculpado, recayendo la primera sobre la reunión de las exigencias de personalidad, buena conducta carcelaria y antecedentes de todo orden, y presuponiendo la segunda un juicio de valor sobre la readaptación social y buena conducta futura.

En esa doble labor no resulta suficiente los criterios a que se hizo alusión con antelación, esto es, las referencias sobre el comportamiento carcelario, las actividades allí realizadas y la ausencia de antecedentes, pues siendo obligado el estudio sobre los "antecedentes de todo orden" que pueda registrar el implicado y que en concreto han de revelarse al interior del proceso, no cumpliría la judicatura su misión si se mostrase ajena a la necesidad de consultarlos, lo que la obliga a tomar particular interés en el análisis conjunto de los rasgos de personalidad y antecedentes individuales, familiares, sociales y, en general, de comportamiento, con el propósito de determinar si ha operado en realidad una rehabilitación.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., primero (1°) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Nilsor Pinilla Pinilla*

Proceso No. 14265

Aprobado Acta No. 130.

ASUNTO

Allegados los documentos a que se refiere el artículo 515 del Código de Procedimiento Penal, los cuales fueron requeridos por auto de fecha 10 de agosto del año en curso, entra la Corte a resolver la petición de libertad provisional elevada por el procesado Juan Carlos Domínguez Garrido, quien se halla detenido en la Cárcel del Circuito Judicial de Soatá, Boyacá.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El Juzgado 7° Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, en sentencia de 20 de junio de 1997 condenó a Juan Carlos Domínguez Garrido a la pena privativa de la libertad de 46 meses de prisión como coautor del delito de hurto calificado y agravado, sanción que fuera confirmada por el Tribunal Superior de esta ciudad en fallo de 25 de septiembre siguiente, pronunciamiento que ahora es objeto del recurso extraordinario de casación interpuesto por su defensor.

El implicado se halla detenido desde el 31 de julio de 1996 (fol. 50), de manera que hasta el momento ha permanecido en detención preventiva 25 meses y 2 días; por estudio demuestra 1866 horas que de acuerdo con el artículo 97 de la Ley 65 de 1993, le dan derecho a una rebaja de 5 meses y 5 días, factores que sumados arrojan un total de 30 meses y 7 días, inferiores a las dos terceras partes de la pena impuesta en los fallos de instancia, equivalente, en su caso, a 30 meses y 20 días.

A pesar que en este momento faltan escasos 13 días para que Domínguez Garrido cumpla con las dos terceras partes de la pena impuesta, la Corte estudiará los demás requisitos previstas por la ley, en orden a la excarcelación pedida. Está acreditado que la conducta del enjuiciado ha sido calificada en el grado de " Ejemplar" y "Buena", que durante el cautiverio se ha dedicado al estudio, y que no obra dentro del proceso prueba que registre antecedentes penales o contravencionales. No obstante lo anterior, como pasa a verse, no cumple con las exigencias de naturaleza subjetiva a que se refiere el artículo 72 del Código Penal. En efecto:

Tiene dicho la Corte que el otorgamiento de la libertad condicional, cuyo análisis provisional se procura por incidir en el derecho a la excarcelación, conlleva la concurrencia de una doble labor de diagnóstico y pronóstico sobre el inculpado, recayendo la primera sobre la reunión de las exigencias de personalidad, buena conducta carcelaria y antecedentes de todo orden, y presuponiendo la segunda un juicio de valor sobre la readaptación social y buena conducta futura.

En esa doble labor no resulta suficiente los criterios a que se hizo alusión con antelación, esto es, las referencias sobre el comportamiento carcelario, las actividades allí realizadas y la ausencia de antecedentes, pues siendo obligado el estudio sobre los "antecedentes de todo orden" que pueda registrar el implicado y que en concreto han de revelarse al interior del proceso, no cumpliría la judicatura su misión si se mostrase ajena a la necesidad de consultarlos, lo que la obliga a tomar particular interés en el análisis conjunto de los rasgos de personalidad y antecedentes individuales, familiares, sociales y, en general, de comportamiento, con el propósito de determinar si ha operado en realidad una rehabilitación.

En el caso que se analiza, de acuerdo con los fallos de instancia, se acusa al procesado Domínguez Garrido que siendo integrante de la Policía Nacional, en compañía de otro servidor de la misma institución y de varios particulares, tras intimidar con arma de fuego y agredir a Jaime Alvaro Niño, a quien maniataron para luego abandonarlo en un paraje de la salida hacia Villavicencio, le hurtaron un vehículo automotor y otros bienes de su propiedad.

Es claro que el delito cometido por un miembro de la Policía Nacional, en las circunstancias anotadas, produce mayor desconcierto e intranquilidad, en cuanto se abusa de la autoridad trastocando el sentimiento de confianza y seguridad, tanto más cuando están comprometidos en el mantenimiento de las condiciones necesarias para que las personas puedan ejercer sus derechos y libertades, asegurando a los habitantes de Colombia una convivencia pacífica y segura.

Desconocer de tal manera sus deberes y traicionar la investidura, es cruel realidad que se ofrece contraria a la liberación provisional que aquí se pide, no siendo suficiente que la conducta del implicado haya sido calificada en forma satisfactoria, tampoco la capacitación y ausencia de antecedentes, factores importantes pero que tan sólo constituyen una parte de la valoración integral que debe efectuarse, la cual en este caso subjetivamente amerita negar la excarcelación pretendida, y por tanto, el peticionario deberá cumplir con la totalidad de la pena impuesta en los fallos de instancia.

Por lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema en Justicia en Sala de Casación Penal, NIEGA al procesado Juan Carlos Domínguez Garrido la libertad provisional por él solicitada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

Jorge Enrique Córdoba Poveda. Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SANA CRITICA

Debe la Sala insistir en que no es admisible un ataque a las sentencias de los Tribunales orientado a controvertir la valoración probatoria que el juez le haya dado a los diversos medios de prueba obrantes en el proceso, toda vez que al no estar prefijado en la ley un determinado valor para ellos, de ningún cuestionamiento es susceptible el criterio apreciativo en que se funda el sentenciador, el cual debe tener exclusivamente como parámetros de análisis las reglas que informan el sistema de la sana crítica, esto es, la lógica, la experiencia o la ciencia, siendo evento distinto el de que el sentenciador desconozca estas reglas a la hora de valorar la prueba, pues en estos casos hipotéticamente procedería el ataque por error de hecho por falso juicio de identidad, como reiteradamente lo viene sosteniendo la jurisprudencia de la Sala.

Por ende, si la propia ley no ha prefijado el valor o mérito de convicción que debe otorgársele por parte del juez a una prueba, es consecuencia necesaria de ello que un ataque casacional por error de derecho acusando un falso juicio de esta naturaleza no sea posible y que, entonces, los fundamentos esgrimidos para demostrarlo carezcan igualmente de sentido jurídico, máxime cuando, como sucede en este caso, la discusión sobre dicho valor de las pruebas, trae como argumentos un presunto fraccionamiento de los testimonios que conduciría a un error pero de hecho por falso juicio de identidad, en el entendido de que al proceder de este modo, el sentenciador tergiversó el real contenido objetivo de esta prueba.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 13748

Aprobado Acta No. 127 (agosto 27/98)

VISTOS

Decide la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor de Luis Carlos Salazar Muñoz contra la

sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali fechada el 28 de mayo del año en curso, mediante la cual revocó el fallo emitido por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito que lo declaró inimputable en razón de transtorno mental transitorio sin secuelas, para en su lugar condenarlo a la pena principal de 40 años de prisión como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado.

HECHOS

Con acierto los sintetiza el Tribunal en la sentencia impugnada, así:

"El 14 de diciembre de 1994 la Fiscalía 82 -Unidad Tercera de Permanencia- realizó el Levantamiento del cadáver de un hombre de sexo masculino, cuya identidad era desconocida en el momento, identificado luego como Genaro Cortes Trujillo, en la Carrera 17 Calle 13A, esquina, de esta ciudad, quien evidenció diez (10) heridas con arma cortante localizadas en tercio inferior cara anterior del cuello, región intraclavicular, región pectoral, hipocondrio derecho e izquierdo y región de hipogastrio.

La Fiscalía 82 de Permanencia a las 2:45 de la mañana, del 14 de diciembre de 1994, realizó diligencia de allanamiento y Registro al inmueble de propiedad de Luis Carlos Salazar Muñoz. Motivó la actuación versión de testigos, presentes en el levantamiento, según los cuales el occiso fue sacado de la residencia ubicada en la Carrera 17 No. 13-64 barrio Guayaquil de esta ciudad (fol.6). En la diligencia se encontró, dentro de la habitación que sirve de dormitorio, debajo de la colchoneta, por la cabecera, un cuchillo grande de hoja ancha con manchas de sangre; camiseta rosada con botones blancos pertenecientes a Luis Carlos Salazar Muñoz con manchas de sangre; manchas de sangre en la sala donde se encontraron botellas de aguardiente, restos de vidrio, colillas de cigarrillo y una varilla de hierro de color negro de aproximadamente sesenta centímetros; dentro del lavadero se localizó un blue jean morado sumergido en agua coloreada de rojo aparentemente sangre; sobre la cama de Luis Carlos Salazar Muñoz, un toldillo de color rosado con manchas de sangre. En la misma habitación se ubicó un pedazo de toalla al parecer también con manchas de sangre, una pistola Walter PPK, calibre 9 mms. Nro. 223078, proveedor sin munición, una vainilla y dos cartuchos calibre 38 o 9 mms. corto para la misma, una chapuza color café con rojo; la pistola estaba envuelta en toalla pequeña y puesta debajo del betamax; igualmente se halló chuspa plástica con material vegetal al parecer marihuana. Los objetos señalados se anexaron a la investigación dejando constancia de que Luis Carlos Salazar Muñoz residía solo en el inmueble (fols. 7 y 8).

En Resolución de la misma fecha la Fiscalía actuante ordenó la retención de Luis Carlos Salazar Muñoz para ser colocado a disposición de la Unidad de Delitos contra la Vida y Pudor Sexuales.

A las 6:10 de la mañana del mismo dia, el 14 de diciembre de 1994, se realizó diligencia de Reconocimiento en Fila de Personas con el testigo Cristian Reyes Caicedo quien reconoció a Luis Carlos Salazar como la misma persona a quien vio, a las 12.20 de la madrugada del mismo día, sacando el cadáver de la persona cuyo levantamiento se practicó posteriormente" (Fls. 536 y 537 Cdno. Orig.).

DEMANDA

Con fundamento en la primera causal, cuerpo segundo del artículo 220 del C. de P. P., un cargo se propone contra la sentencia impugnada por violación indirecta de la ley sustancial, acusando la presencia de "error de derecho en la apreciación del dictamen médico pericial, por falso juicio de convicción por parte del Honorable Tribunal Superior del Valle, que lo llevó a tener como probada, a pesar de no estarlo, la responsabilidad penal de Luis Carlos Salazar Muñoz", vulnerándose así los arts. 31 y 33 del C. P. y 247, 248, 249, 253, 273, 294 y 445 del Estatuto Procesal.

A continuación, recuerda que para el juez a quo no obstante el dictamen pericial sostener la imputabilidad del procesado para el momento de realizar la conducta, a través del análisis conjunto de las pruebas consideró que Salazar Muñoz "obró como inimputable por transtorno mental transitorio sin secuelas". Entre tanto, agrega, el Tribunal Superior "sin argumentos jurídicos estimó el dictamen pericial mencionado y al amparo desafortunado de los demás medios probatorios se equivocó al momento de la valoración de esta prueba ocasionando el desconocimiento o inobservancia de normas de carácter sustancial".

Sobre estas premisas, reproduce a continuación, en extenso acápite, abundantes citas doctrinarias y jurisprudenciales en relación con los conceptos de inimputabilidad, transtorno mental transitorio "y el alicoramiento como una de sus especies".

Enseguida, dentro del capítulo que intitula "Análisis comparativo al caso de estudio", procede el actor a compendiar las valoraciones probatorias plasmadas en los fallos de primer y segundo grados para efectos de la decisión adoptada, desechando las conclusiones del Tribunal por haber concedido "al dictamen pericial una estimación equivocada", toda vez que de la prueba testimonial allegada al proceso se conoce claramente que Salazar Muñoz se encontraba en estado de "alicoramiento avanzado" y el experticio médico, además de ser "genérico y equivoco", solamente vino a tomarse varias horas después de ocurridos los hechos, lo que habría *dado por lo menos para reconocerle "por lo menos" el* in dubio pro reo.

Luego, procede a "analizar" la "valoración del dictamen" hecho por el Tribunal, criticando que si bien tuvo en cuenta la restante prueba practicada en la investigación, para sacar adelante la tesis de la inimputabilidad habria fraccionado "algunos testimonios", con absoluto desconocimiento

de las reglas del art. 273 del Código de Procedimiento Penal, lo que entiende queda demostrado con la cita que hace de lo expuesto por algunos presenciales en la noche de autos, para bajo su personal opinión concluir a través de ellos que el estado de embriaguez del procesado era avanzado y no solamente que se encontraba en el período de inhibición, así como también rebatir por errado el "análisis que efectuó el Tribunal" sobre el grado de alcoholemia del procesado.

Solicita de este modo a la Corte casar el fallo impugnado, una vez planteada la "tesis de la defensa que consiste en sostener y probar que el Tribunal se equivocó en la valoración del dictamen y que de acuerdo con las pruebas practicadas, las que se analizaron en su integridad y la valoración que legalmente corresponde hacer, tiene que arrojar como resultado la inimputabilidad del señor Luis Carlos Salazar".

CONSIDERACIONES

1. El defensor de Luis Carlos Salazar Muñoz ha impugnado la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, proponiendo el reproche por violación indirecta de la ley sustancial, originado en un "error de derecho por falso juicio de convicción", que entiende se deriva de una equivocada "valoración" del dictamen médico legal concluyente de la capacidad del procesado para comprender la ilicitud de su conducta y determinarse de conformidad con dicho entendimiento, que luego desvía hacia un error de hecho por falso juicio de identidad.

2. Siendo ello así, debe la Sala insistir en que no es admisible un ataque a las sentencias de los Tribunales orientado a controvertir la valoración probatoria que el juez le haya dado a los diversos medios de prueba obrantes en el proceso, toda vez que al no estar prefijado en la ley un determinado valor para ellos, de ningún cuestionamiento es susceptible el criterio apreciativo en que se funda el sentenciador, el cual debe tener exclusivamente como parámetros de análisis las reglas que informan el sistema de la sana crítica, esto es, la lógica, la experiencia o la ciencia, siendo evento distinto el de que el sentenciador desconozca estas reglas a la hora de valorar la prueba, pues en estos casos hipotéticamente procedería el ataque por error de hecho por falso juicio de identidad, como reiteradamente lo viene sosteniendo la jurisprudencia de la Sala.

3. Por ende, si la propia ley no ha prefijado el valor o mérito de convicción que debe otorgársele por parte del juez a una prueba, es consecuencia necesaria de ello que un ataque casacional por error de derecho acusando un falso juicio de esta naturaleza no sea posible y que, entonces, los fundamentos esgrimidos para demostrarla carezcan igualmente de sentido jurídico, máxime cuando, como sucede en este caso, la discusión sobre dicho valor de las pruebas, trae como argumentos un presunto fraccionamiento de los testimonios que conduciría a un error pero de hecho por

falso juicio de identidad, en el entendido de que al proceder de este modo, el sentenciador tergiversó el real contenido objetivo de esta prueba.

4. En fin, el actor propuso error de derecho por falso juicio de convicción, por haberse declarado demostrada la imputabilidad de Salazar Muñoz con base en el dictamen médico legal que así lo concluyó y el mancomunado análisis de la distinta prueba obrante en el expediente, básicamente testimonial, pues bajo su personalísimo criterio analítico entiende que sería admisible considerar que al momento de cometer el hecho era inimputable, no obstante, evidenciando nuevos desaciertos técnicos en el planteamiento, no escapa a su alternativo alegato, la posibilidad de reconocer en su favor y frente a semejante disyuntiva valorativa, el *in dubio pro reo*, cuando ningún esfuerzo orientado a elucidar la duda determinante realizó.

En estas condiciones, surge con claridad que el escrito de demanda presentado a nombre de Salazar Muñoz no reúne los requisitos del art. 225 del Código de Procedimiento Penal, imponiéndose por tanto su rechazo y declarando en consecuencia, desierto el recurso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema en Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1o. RECHAZAR *IN LIMINE* la demanda presentada por el defensor del procesado Luis Carlos Salazar Muñoz.

2o. DECLARAR como consecuencia DESIERTO el recurso extraordinario interpuesto ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno, de conformidad con el art. 197 del C. de P.P.

Cópiese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

POLICIA JUDICIAL-Diligencias/ TESTIMONIO/ SANA CRITICA

Cuando una persona es perseguida por la autoridad porque acaba de cometer un delito y es capturada, la simple lógica indica que, en muchas ocasiones, se hace indispensable ponerla a la vista de quienes fueron sus víctimas o de quienes presenciaron el hecho para que manifiesten si se trata o no de su autor y así evitar la sindicación de personas inocentes. No sería razonable exigir el cumplimiento de formalismos que, en ese instante, serían de imposible observancia, lo que no obsta para que el señalamiento que se haga sea recogido a través del informe policivo y de los testimonios de las personas que lo hicieron, sea tenido como medio de convicción y apreciado conforme a las reglas de la sana crítica.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Proceso No. 10106

Aprobado Acta N° 131

VISTOS

Procede la Sala a decidir el recurso de casación interpuesto por el defensor de Jonader Bermúdez contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, el 22 de junio de 1994, en la que al confirmar en lo fundamental la del Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, el 20 de abril de 1994, condenó al citado procesado y a Carlos Alberto Zapata a la pena principal de 41 años y 8 meses de prisión, como responsables de los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años.

Interpuesto oportunamente el recurso de casación por ambos procesados, fue concedido.

Sólo presentó demanda el defensor de Jonader Bermúdez, la que se declaró ajustada a las exigencias legales. Por tal motivo, se dispuso correr

traslado al Ministerio Público que, por intermedio del Procurador Tercero Delegado en lo Penal, solicitó no casar el fallo impugnado.

HECHOS

El 15 de mayo de 1993, aproximadamente a las cinco de la tarde, el señor Fernando Aristizábal Castaño conducía la buseta de placas TOA-218 de la empresa Sotramar, con destino al Municipio de Marinilla, cuando pasado el peaje de la vía Medellín-Guarne, uno de los pasajeros lo intimidó con un arma de fuego, para que disminuyera la velocidad, mientras otros dos despojaban de sus pertenencias a los pasajeros.

Luego de haber desposeído a Ignacio Castaño Giraldo de su reloj y anillo, por demorarse en entregar la argolla de matrimonio, le hicieron un disparo que le ocasionó la muerte.

Poco después fueron capturados por la policía al ser informada rápidamente de los hechos.

ACTUACIÓN PROCESAL

El proceso penal fue iniciado por auto del 16 de mayo de 1993, día en que fueron indagados Carlos Alberto Zapata, Jonader Bermúdez y Jorge Alexander Osorio Usuga. A los dos primeros se les resolvió la situación jurídica, el 21 de mayo de 1993, con medida de aseguramiento de detención preventiva. En relación con el último, ninguna decisión se tomó por tratarse de un menor de edad.

El 10 de septiembre de 1993 se dictó resolución de acusación contra Zapata y Bermúdez, por los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. No obstante, el 5 de octubre siguiente el Juzgado Segundo Penal del Circuito decretó la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución de acusación, inclusive, la cual, subsanados los desaciertos, fue nuevamente proferida por los mismos reatos, el 28 de octubre del citado año.

Verificada la pertinente diligencia de audiencia pública, el 20 de abril de 1994 se dictó la sentencia de primera instancia que, al ser apelada por ambos procesados, fue confirmada en lo fundamental por el Tribunal Superior de Medellín, el 22 de junio de 1994, que redujo a 10 años la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

LOS ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El demandante formula tres cargos contra la sentencia de segunda instancia, uno al amparo de la causal primera y dos de la tercera.

Primer cargo

La censura inicial la plantea por violación indirecta de la ley sustancial, por la existencia de errores de hecho, lo que llevó a la aplicación inde-

bida, entre otros, de los artículos 1, 2, 3, 5, 6, 26, 27, 28, 35, 50, 61, 106, 250, 35, 324, modificado por el artículo 30 de la ley 40 de 1993, y 1° del decreto 3664 de 1986.

Como fundamento expone que el sentenciador afirma que el conductor Aristizábal Castaño fue despojado de $ 6.000.oo y el ayudante Julio César Cuartas de $ 17.200, pero que "no aparece prueba alguna que demuestre que estos individuos portaban dichas sumas antes de serles hurtadas, es decir, no se demostró la preexistencia de tales cantidades de dinero en poder de estos individuos" y que, además, el conductor en las diversas intervenciones que tuvo en el proceso dejó un gran vacío que hace surgir la duda con relación a cómo ocurrieron los hechos y la pérdida del dinero.

En sentir del libelista, son muchas las contradicciones, pero la más destacada es la contenida en la denuncia del conductor, porque allí al ser interrogado por la causa por la cual le dispararon a quien finalmente falleció, contestó que no sabía y que ellos se montaron con el fin de atracar, que a todos los pasajeros los robaron, pero que a él no le habían quitado nada, para después aseverar que le habían sustraído violentamente $6.000. También, que no se probó la preexistencia del dinero que se dice le hurtaron al ayudante y su cuantía y, sin embargo, el Tribunal dió por demostrados tales hechos y condenó al pago de cinco gramos oro.

Así mismo sostiene que no existe certeza sobre quién le hizo el disparo al señor Castaño Giraldo, pese a que en el vehículo viajaban cerca de treinta personas y que, además, no se demostró su presanidad.

Que el declarante Jiménez Gómez sostuvo que los sujetos que se lanzaron del bus bajaron hacia Medellín, mientras los otros testigos aseveraron que se fueron hacia el bosque.

Con respecto a la actividad desempeñada por los agentes que realizaron las capturas, el recurrente dice que, violando los artículos 377, 367 y 368 del C. de P.P., mostraron los capturados al conductor, al ayudante y a otras personas y, en esta forma irregular, lograron que fueran identificados y sobre estos errores se edificó la sentencia.

Que en lo referente a los objetos, los agentes manifestaron que no les encontraron a los capturados las armas ni el dinero perdido y que una bolsa y un costal fueron hallados a cierta distancia de donde fueron aprehendidos, y que dentro de aquella se encontró un reloj, del que desde entonces se dijo que era al parecer de propiedad del occiso, con lo que "desde este mismo momento sin formula de juicio ya se va visualizando la condena."

Que el no haberse encontrado en su poder ni el reloj ni las armas y que no se les hubiera hecho conocer sus derechos y que con violación de ellos se les hubiera sometido al reconocimiento de los pasajeros del bus "son errores de inusitada trascendencia y visualización que demuestran pala-

dinamente, que mediante la admisión de estos errores el fallador halló mérito para sentenciar a mi patrocinado. Luego la sentencia está llamada a ser destruida".

Destaca, igualmente, que en la diligencia de inspección al cadáver se dejó constancia de dos impactos, como si dos hubieran sido los disparos, hecho no aclarado en la necropsia.

Solicita, por lo tanto, casar la sentencia y absolver al procesado.

Segundo cargo

Al amparo de la causal tercera, el casacionista formula dos cargos, el primero por violación del derecho a la defensa, por estimar que a Bermúdez no se le otorgó la oportunidad de ejercerla, puesto que luego de su captura no se le dieron a conocer sus derechos y que de inmediato fue conducido a Marinilla, "sin darle oportunidad de comunicarse con un defensor", donde fue objeto de un reconocimiento ilegal y que, posteriormente, se designó como defensor para la indagatoria al mismo que había representado a los otros capturados sin tener en cuenta las posibles incompatibilidades existentes.

Acepta que luego se nombró otro abogado, cuya única actuación fue solicitar la revocatoria del auto de detención, por lo cual, durante toda la instrucción, no fue realmente asistido por un defensor, pues ni siquiera se presentaron alegatos en la etapa precalificatoria.

Cargo tercero

Lo postula también al amparo de la causal tercera, por violación del debido proceso, porque estima que la resolución de acusación adolece de profundos vacíos, pues la considera anfibológica, lo que es tan cierto que el juez competente debió decretar una nulidad, pero que con muy pequeñas diferencias el Fiscal repitió su procedente decisión, incurriendo en los mismos yerros destacados con anterioridad, pues "pretermitió el formalismo de los artículos 441 y 442 del C. de P. P., y citó una norma que no contiene la norma típica (decreto 266/91), cual es el decreto 3664 de 1986".

Termina solicitando se case la sentencia y se decrete la nulidad del proceso.

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal conceptúa que las causales de nulidad invocadas por el recurrente no deben prosperar. En cuanto a la falta de enteramiento al procesado Bermúdez de sus derechos de capturado, resalta la inexactitud del cargo, remitiéndose al acta que sobre ese punto obra al folio 5 del cuaderno principal.

Así mismo, califica como actitud ligera del demandante la crítica que hace al reconocimiento de los sindicados. Al efecto, distingue entre la dili-

gencia de reconocimiento en fila de personas y el reconocimiento como acto material cumplido bajo otras circunstancias.

Por otra parte, analiza que ni para el momento en que se designó al apoderado de Bermúdez, ni posteriormente, existían elementos probatorios que permitieran deducir una incompatibilidad de intereses entre este procesado y los demás.

De igual forma, el Procurador no encuentra fundamento para predicar una violación al derecho de defensa, habida cuenta que el profesional que la asumió al menos intervino en protección de los intereses de su representado al haber pedido la revocatoria de la medida asegurativa, sin que por ello se pueda predicar abandono de la función, "sino una forma de su ejercicio que no impone la anulación solicitada".

Como consecuencia del precedente análisis, concluye que el cargo por nulidad no debe prosperar.

En lo que atañe con el segundo reproche por nulidad, basado en la supuesta ambigüedad de la resolución de acusación, el Delegado encuentra un vacío total de demostración en cuanto a la concurrencia de aspectos que impidieran la completa o correcta comprensión de la acusación, pues ella especifica los hechos, las pruebas que la sustentan y las normas jurídicas que recogen las conductas imputadas. Por ello colige que ni se demostró ni oficiosamente se encuentra un vicio invalidante de la actuación.

Enseguida, entra a considerar la censura postulada bajo el marco de la causal primera de casación. Lo primero que advierte es el antitecnicismo que acompaña su formulación, porque el demandante no expresa las razones por las cuales estima indebidamente aplicadas las normas sustanciales que enumera, entre las cuales incluyó algunas que no son base del fallo impugnado, o no sirven para apoyar una declaración de inocencia o resultan incompatibles con la propuesta de absolución.

Puntualiza que aun cuando el demandante intenta demostrar la existencia de errores manifiestos de hecho, termina por abordar aspectos propios de la valoración, siendo que las inconformidades con la estimación testimonial no proceden en este recurso extraordinario.

En cuanto a la preexistencia del dinero, señala que el libelista olvidó las manifestaciones que en ese sentido hicieron tanto el conductor del bus como su ayudante.

Advierte que el recurrente pretende se admita la duda sobre la tipicidad de la conducta y sobre la responsabilidad de su protegido, pero para ello acude a afirmaciones fuera de contexto, como ocurre con la crítica que le hizo al acta de inspección del cadáver, de la que, según él, se infiere que fueron dos los impactos, cuando ello no es exacto, ya que allí se habla de dos heridas producidas con arma de fuego, cuyo origen fue aclarado en la

necropsia, por cuanto un orificio correspondió al de entrada del proyectil y el otro al de salida.

Con respecto a la censura sobre la imprecisión en la individualización del autor del disparo homicida, aduce que esa determinación carece de incidencia por cuanto la acción criminal fue imputada a título de coautoría y, además, hay declaraciones y prueba indiciaria demostrativas de la responsabilidad.

Al tenor de las reflexiones que se acaban de sintetizar, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal concluye que la demanda no pasa de ser un alegato de instancia, carente de poder para derrocar la sentencia atacada, por lo que debe ser desestimada.

Consideraciones de la Sala

Atendiendo el principio de prioridad, la Sala considerará, en primer término, los cargos de nulidad aducidos, ya que de prosperar carecería de objeto el análisis de los demás reproches.

Primer cargo

Al amparo de la causal tercera el censor presenta dos cargos, el primero, porque estima se vulneró el derecho de defensa, ya que a su representado, al ser capturado, no se le dieron a conocer sus derechos, no se le permitió comunicarse con un defensor, se le sometió a un reconocimiento ilegal y en la indagatoria el mismo defensor asistió a los otros aprehendidos, sin tener en cuenta la posible incompatibilidad de intereses y, finalmente, el abogado posteriormente designado, sólo pidió la revocatoria de la medida de aseguramiento.

Al respecto la Sala se permite precisar que no es cierto que al capturado no se le hubieran dado a conocer sus derechos al tenor del artículo 377 del C. de P. P. para corroborar lo cual basta revisar el folio 5 del cuaderno principal, donde se encuentra el "Acta sobre los Derechos del Capturado", suscrita por el procesado y el Jefe de la Policía Judicial.

En cuanto al señalamiento efectuado por el conductor y su ayudante, sea lo primero observar que tal reproche ha debido aducirse por la causal primera, por error de derecho por falso juicio de legalidad y no por la tercera. Lo segundo, que no era necesario ni posible cumplir las formalidades del artículo 368 del C. de P. P, pues no se estaba en presencia de la diligencia de reconocimiento allí prevista. Simplemente se trató de una actividad realizada por quienes en ese momento verificaron la captura, recogida en un informe, corroborado por el testimonio de quienes hicieron el señalamiento, elementos de juicio que fueron apreciados por el juzgador de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En efecto, cuando una persona es perseguida por la autoridad porque acaba de cometer un delito y es capturada, la simple lógica indica que, en muchas ocasiones, se hace indispensable ponerla a la vista de quienes fueron sus víctimas o de quienes presenciaron el hecho para que manifiesten si se trata o no de su autor y así evitar la sindicación de personas inocentes. No sería razonable exigir el cumplimiento de formalismos que, en ese instante, serían de imposible observancia, lo que no obsta para que el señalamiento que se haga sea recogido a través del informe policivo y de los testimonios de las personas que lo hicieron, sea tenido como medio de convicción y apreciado conforme a las reglas de la sana crítica.

En lo concerniente a que el mismo abogado asistió a todos los indagados sin tener en cuenta la posible incompatibilidad, se observa que se trata de una simple hipótesis, sin que esta sede sea el terreno adecuado para plantearla, pues en ella sólo se deben enunciar y demostrar los yerros *in iudicando* o *in procedendo* cometidos por los jueces y su incidencia en el fallo. De todos modos, no obraba en las diligencias, hasta entonces adelantadas, ningún elemento que llevara al fiscal a inferir una incompatibilidad de intereses, por lo que el cuestionamiento deviene absolutamente inane.

Tampoco es de recibo la afirmación del demandante de que se vulneró el derecho de defensa porque el abogado contractual se limitó a solicitar la revocatoria de la medida de aseguramiento, ya que cada proceso obliga a una estrategia diversa, de manera que habrá casos en los cuales la intervención defensiva debe ser muy profusa a nivel de solicitud de pruebas, participación en la práctica de las mismas, peticiones, interposición de recursos, etc, y existirán otros que impongan una actividad pasiva, de simple vigilancia de la actuación, para garantizar el cumplimiento del debido proceso.

Por otra parte, tampoco indicó el casacionista cuáles fueron las pruebas que no se solicitaron, o los recursos que no se interpusieron o las alegaciones que no se presentaron y que de haberse llevado a cabo hubieren cambiado el sentido de la sentencia en favor del procesado, con lo que la demostración del reproche se quedó a mitad de camino.

En las condiciones precedentes, el cargo no prospera.

Segundo cargo

El segundo cargo de nulidad se hace consistir en que la resolución de acusación "adolece de profundos vicios de anfibología y la calificación de los hechos fue crítica y errada, por cuanto que el propio Juez Segundo Penal del Circuito de Bello, Antioquia, a quien correspondió el juzgamiento, anuló la primera resolución de acusación proferida por la Fiscalía General", sin que en la segunda oportunidad se hubieren corregido tales vicios.

Es cierto que la primera calificación fue anulada por falta de precisión en la acusación, pero en lo que no tiene razón el casacionista es en que no fue corregida, pues precisamente al haberse subsanado en la nueva calificación los errores señalados por el juez competente, éste no le hizo ningún reparo en cuanto a su legalidad y dió trámite a la etapa de juzgamiento.

Por otra parte, el reproche se quedó en el mero enunciado, pues no se demostró que la calificación fuera anfibológica y errática ni la manera como tales desatinos afectaron el ejercicio del derecho de defensa.

El cargo no prospera.

Tercer cargo

En cuanto al tercer cargo, se formula por violación indirecta de la ley sustancial, por haberse incurrido en errores de hecho que llevaron a la aplicación indebida de numerosas normas de carácter sustancial.

En relación con él, son tales sus fallas técnicas que, desde ya, se puede manifestar que está condenado al fracaso.

En efecto, se comienza por citar numerosísimas normas como indebidamente aplicadas, sin que varias de ellas hubieren sido invocadas como fundamento de la sentencia.

Además, tampoco dice por qué considera que fueron indebidamente aplicadas. Tal ocurre, por ejemplo, con los siguientes preceptos del C. P.: 1° (legalidad), 2 (carácter típico, antijurídico y culpable de la conducta), 6 (favorabilidad), 23 (autoría), 26 (concurso de hechos punibles), 35 (formas de culpabilidad), 54 (cómputo de la detención preventiva), 104 (titulares de la acción indemnizatoria), 250 (violencia electoral), etc.

Al abordar la demostración de la censura, y no obstante que denuncia errores de hecho, se desvía hacia el de derecho por falso juicio de convicción, al oponerse a la credibilidad otorgada por las instancias a los testimonios del conductor y el ayudante del automotor y un pasajero, sin percatarse que tal clase de yerros no tienen cabida cuando se trata de pruebas no sometidas al método de la tarifa legal sino de la sana crítica.

Por otra parte, también dice haberse incurrido en errores de hecho por suposición de la prueba, al aseverar que no se estableció que el conductor y el ayudante de la buseta portaran las sumas que afirman les fueron sustraídas y quién hizo el disparo que acabó con la vida de Ignacio Castaño.

Este reproche no sólo se queda en el simple planteamiento, sino que no corresponde a la verdad, pues tales hechos se demostraron con los testimonios de José Fernando Aristizábal, Julio César Cuartas y Carlos Emilio Jiménez, a más de la prueba indiciaria.

Así mismo, el demandante no sólo se desvió en el desarrollo de la censura hacia el error de derecho por falso juicio de convicción, como antes se analizó, sino también al de derecho por falso juicio de legalidad, al cuestionar que no se observaron las formalidades previstas por la ley para el reconocimiento.

Además, ataca la prueba indiciaria, pero sin ningún desarrollo ni precisión, ya que ni siquiera señala si se refiere a la prueba del hecho indicador o a la inferencia lógica.

Finalmente, desconociendo los principios de no contradicción y de autonomía de las causales, abandona los linderos de la causal primera, enunciada, para pasar a la tercera, cuando afirma que no se aclaró lo de los dos disparos que presentaba el cadáver, lo que implicaría que se vulneró la garantía del debido proceso, por desconocimiento del principio de investigación integral, lo que, por lo demás, no corresponde a la verdad, pues tal circunstancia se dilucidó con la necropsia en la que se concluyó que el impacto fue uno solo con un orificio de entrada y uno de salida.

En tan precarias condiciones, el cargo no prospera.

Son suficientes las consideraciones precedentes, para que la Sala de Casación Penal, de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVA:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese y devuélvase a la oficina de origen. Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, No; Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRESCRIPCION/ DESERCION

El artículo 74 del C.P.M. señala el término de prescripción de la acción para los delitos tipificados en ese Estatuto, advirtiendo que en ningún caso ese fenómeno se producirá en lapso inferior a cinco (5) años, excepto en el delito de deserción, para el cual fija como término el de dos (2) años. Por su parte el artículo 77 ibidem establece la interrupción de ese término reduciéndolo a la mitad del previsto en el artículo 74 primeramente mencionado, con la ejecutoria de la resolución de convocatoria del consejo verbal de guerra, que es la providencia en la cual el Estado le formula los cargos al procesado para garantizarle su derecho de defensa, sin hacer expresa mención al delito de deserción, de donde se colige que a partir de la ejecutoria de la resolución que le formula el cargo al procesado, el término es también de dos (2) años, pues el juez, obligado intérprete de la Ley no está llamado a crear condiciones diversas a las establecidas en ella, menos aún, cuando su tenor literal es de tan meridiana claridad.

No obstante tratarse de un procedimiento breve y sumario establecido para algunas infracciones contrarias al servicio, a la seguridad y a la administración de justicia que dentro del régimen castrense afectarían notoriamente la disciplina de no ser investigadas y reprimidas con celeridad y efectividad, que reduce sensiblemente el tiempo para la instrucción y el juzgamiento de esos hechos punibles en contraste con otros, no desconoce la guarda de las garantías de defensa, como parece entenderlo el casacionista al plasmar su extrañeza por el emplazamiento "sin previo aviso" del acusado y su declaratoria de persona ausente, con la consiguiente designación de defensor de oficio.

En ninguna parte la disposición legal en comentario consagra la obligación para el investigador, de dar previo aviso al sindicado para exigirla si no ha comparecido a la investigación para ser oído en indagatoria; el precepto impone al funcionario el deber de emplazarlo, declararlo persona ausente y proveerle un defensor de oficio, y ello fue justamente lo que acaeció en el caso concreto, en aplicación de un mandato, no por expedito, desconocedor de la garantía de la defensa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., septiembre dos (2) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. Didimo Páez Velandia

Proceso No. 13520

Aprobado Acta No. 131

Decide la Corte el recurso de casación incoado contra la sentencia dictada el 15 de diciembre de 1996 por el Tribunal Superior Militar, en la que por confirmación de la de primera instancia, condena al soldado Fabian Antonio Blanco Vizcaíno a la pena principal de siete meses de arresto, en calidad de autor del delito de deserción.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 29 de mayo de 1995 el entonces soldado del batallón de Ingenieros No. 4, Primera División, Cuarta Brigada del Ejército Nacional, con sede en Bello -Antioquia-, debía incorporarse a su regimiento, luego de hacer uso de una licencia que por el término de doce días su Comandante le había concedido, pero nunca regresó a las instalaciones del Batallón, por lo que se dio informe sobre su calidad de desertor, ordenándose por consiguiente, la apertura del correspondiente proceso penal, teniendo como base probatoria el informe suscrito por el Comandante de la Compañía D'Eluyer, César Bolaños, a la cual había pertenecido el Soldado, quien afirmó haberlo buscado cuando detectó su no regreso y haber hablado con él ordenándole regresar al batallón, pero sin ser obedecido por el subalterno, después supo que estaba siendo investigado penalmente y posiblemente privado de la libertad. (fols. 3-4).

2. En el curso de la investigación se escuchó el testimonio del Oficial que se desempeñaba como Comandante de la Compañía de la cual era orgánico el sindicado cuando se le concedió la licencia, ST. Felipe Guerrero, quien refirió haber sabido de labios de uno de los soldados compañeros de éste, que durante el disfrute de su licencia resultó involucrado en unos homicidios (fols. 17-18), aunque este hecho no fue confirmado pues las Fiscalías de Barranquilla y Santa Marta respondieron no estar adelantando proceso contra Blanco Vizcaíno (fols. 13, 19, 20, 26, 34 y 35).

También en procura de localizar al desertor, el Juzgado instructor envió despacho comisorio al Juzgado Promiscuo Municipal de Baranoa, lugar registrado en los archivos del ejército como el de domicilio del desertor (fols. 2, 5, 23, 24, 25), para oír en testimonio a sus progenitores, pero sin resultados porque no comparecieron (fols. 98-99).

3. El 14 de noviembre de 1995 fue emplazado por edicto y dos días después declarado persona ausente en providencia que así lo determinó y

en la cual se le designó defensor de oficio, con quien se prosiguió la actuación (fols. 22, 27, 29, 30, 31).

4. El 12 de febrero de 1996 el Juzgado instructor le resolvió la situación jurídica al contumaz, con medida de aseguramiento de detención preventiva, bajo el cargo de deserción, conforme al artículo 115-1 y 2, del C. P. M. (fols. 40-43), según pronunciamiento que cobró ejecutoria el 16 de febrero del mismo año (fol. 48).

5. El proceso fue remitido entonces al Comandante Juez de la primera instancia designado (fols. 54. 118 y 119 y ss.), dándose así inicio a la fase de la causa el 18 de septiembre del año en mención.

6. El 15 de octubre, se profirió la sentencia de primera instancia, condenatoria como se ha dicho, que sometida a consulta (fols. 127 y ss.), el Tribunal Superior Militar confirmó a integridad en su fallo del 16 de diciembre de 1996, contra el cual el Procurador Judicial No. 137 interpuso el recurso de casación previsto en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P., el cual fue concedido por la Corte en providencia del 22 de abril de 1997 (1cr. cd. C.) y tramitado con el rito legal.

LA DEMANDA

Con la previa advertencia de hallarse, según su criterio, prescrita la acción penal por haber transcurrido más de dos años desde la fecha de comisión del hecho punible, el funcionario recurrente formula a la par con ese, que presenta como principal, otros reparos -todos subsidiarios- en su demanda. Así se manifiesta:

Cargo Primero. La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por inobservancia de "los derechos fundamentales" del procesado, consagrados en el artículo 29 de la C.N., específicamente del de defensa, debido a que éste fue juzgado en contumacia porque se le declaró persona ausente "sin previo aviso" y así se le designó defensor de oficio, privándolo el Estado de la facultad de nombrar a un profesional de su confianza; por consiguiente, considera, debe anularse

"*.. el procedimiento desde el emplazamiento del sujeto de la acción penal .., o subsidiariamente y en vista de la prescripción se siente Doctrina jusrisprudencial al respecto.*".

Cargo Segundo. La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por vulneración de la garantía del debido proceso previsto en el artículo 694 del C. P. M.

Explica que esta disposición legal establece que el emplazamiento se realiza "si no fuere posible recibir la indagatoria al procesado", condicionamiento éste que según su sentir, implica que procesalmente se establezca "que no fue posible" la práctica de la injurada, vale decir, que "Es necesario que se hayan efectuado acciones concretas e inequívoca-

mente orientadas a la comparecencia del sujeto procesal, para lo cual se deben emplear medios idóneos (art. 400 C. P. M.)".

Luego de discurrir sobre la importancia del procedimiento para la declaratoria de persona ausente, solicita que se declare la nulidad de la actuación desde el edicto emplazatorio, inclusive.

Cargo Tercero. La sentencia se dictó en juicio viciado de nulidad por quebranto del derecho de defensa del procesado.

Sostiene que el procesado fue emplazado "sin citación o requerimiento previo que le advirtiera de la necesidad de su presencia en el Despacho Judicial", pese a hallarse registrada en el expediente su dirección residencial.

Al actuar así, el Estado presumió que el acusado "no se había presentado" y dedujo su renuencia a comparecer, para emplazarlo, "vulnerando sensiblemente su derecho de defensa, de contradicción, y su autonomía para designar defensor.".

Luego de algunas reiterantes afirmaciones solicita que se declare la nulidad "de toda la etapa del juicio y la citación por edicto, la declaratoria de persona ausente y el auto por el cual se define situación jurídica del procesado ..".

Cuarto Cargo. Basado en el numeral 1o. del artículo 220 del C. de P.P. asegura el demandante que "la sentencia es violatoria de la Ley sustancial por interpretación errónea" del artículo 694 del C. P. M. porque el fallador consideró que este precepto "no exige citación, aviso o requerimiento previo al trámite del emplazamiento, declaración de persona ausente y designación de defensor de oficio", cuando dicho texto legal condiciona esos eventos procesales bajo la expresión ".. si no fuere posible recibir indagatoria", lo cual, dice, implica "tácitamente, que deben hacerse diligencias procesales para lograrlo".

Tras cuestionar las reflexiones del Tribunal en torno al procedimiento contemplado en la norma en cuestión, plasma la necesidad de un pronunciamiento jurisprudencial en torno al mandato en comentario, reafirmando así mismo el sentido de la violación de la ley sustancial en que asevera, incurrió el Tribunal, terminando esta objeción con la subsidiaria solicitud de que "se case la sentencia y se ordene dar cumplimiento al Art. 694 .., señalando la interpretación jurisprudencial adecuada a la Ley".

El Ministerio Público

En total desacuerdo con el casacionista, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal considera imprósperos todos los cargos de la demanda y sugiere la desestimación de la pretendida casación.

Aludiendo en primer término a la aducida prescripción de la acción penal, advierte el funcionario que desde la fecha de ejecutoria de la provi-

dencia en que se resolvió la situación jurídica del sindicado a la actual, no ha transcurrido el término para la ocurrencia de ese fenómeno jurídico, el que considera ocurre para el delito de deserción en un año por razón de la interrupción del término ordinario -dos años- con el auto que define la situación jurídica del procesado, dado el especial procedimiento que para este hecho punible contempla la legislación penal militar.

En referencia con los cargos primero, segundo y tercero, todos fundados en la causal 3a. del artículo 220 del C. de P.P., encuentra que ningún motivo de nulidad afecta la actuación cumplida, y que por ende, no se conculcaron al procesado las garantías del debido proceso y del derecho de defensa, pues su emplazamiento acaeció después de adelantarse la necesaria diligencia para localizarlo a fin de someterlo a la indagatoria.

Respecto del cargo cuarto, en el que el censor predica la violación, por errada interpretación, del artículo 694 del C.P.M., advierte que ésta es una disposición de orden procedimental que por esta razón sólo puede ser objeto de un eventual error *in procedendo*; por ello considera técnicamente mal concebido el reparo, que según su punto de vista, como los tres anteriores, está llamado al fracaso.

Consideraciones de la Corte

Frente al cargo principal de la demanda, que el censor no se toma el trabajo de formular bajo los parámetros técnicos de esa clase de escrito previstos en el artículo 225 del C. P. M., sino que opta con facilismo inaceptable, tratándose de impugnar por la vía extraordinaria el fallo que da por finalizado el proceso en sus instancias, aduciendo la prescripción de la acción penal como "aspecto especial sobreviniente", advierte la Corte que no se ha operado, como lo afirma el funcionario impugnante, el fenómeno jurídico que enerva la actividad del Estado para perseguir el delito de deserción a que se refiere este proceso.

En efecto: el artículo 74 del C.P.M. señala el término de prescripción de la acción para los delitos tipificados en ese Estatuto, advirtiendo que en ningún caso ese fenómeno se producirá en lapso inferior a cinco (5) años, excepto en el delito de deserción, para el cual fija como término el de dos (2) años. Por su parte el artículo 77 *ibidem* establece la interrupción de ese término reduciéndolo a la mitad del previsto en el artículo 74 primeramente mencionado, con la ejecutoria de la resolución de convocatoria del consejo verbal de guerra, que es la providencia en la cual el Estado le formula los cargos al procesado para garantizarle su derecho de defensa, sin hacer expresa mención al delito de deserción, de donde se colige que a partir de la ejecutoria de la resolución que le formula el cargo al procesado el término es también de dos (2) años, pues el juez, obligado intérprete de la Ley no está llamado a crear condiciones diversas a las establecidas en ella, menos aún, cuando su tenor literal es de tan meridiana claridad.

Así pues, establecido que el procedimiento especial creado en el artículo 694 del C.P.M. para el juzgamiento de algunos delitos del régimen militar, entre ellos el de deserción, no contempla la convocatoria a consejo verbal de guerra, ha de entenderse como su equivalente el auto que abre el juicio a prueba, pero indefectiblemente ligado con el que define la situación jurídica del procesado, porque es en este último en el que se precisan las circunstancias del delito y se realiza su provisional calificación jurídica en pronunciamiento de mérito de carácter interlocutorio, mientras que aquél, que es un auto de sustanciación por ser de mero impulso procesal, es el que delimita las fases del proceso y da entrada al juez fallador para ejercitar su función jurisdiccional respecto del específico hecho punible atribuido por el funcionario investigador al acusado, que de no ser por el conocimiento de la imputación adquirido en el auto resolutorio de su situación jurídica, estaría en imposibilidad de saber de qué defenderse.

De tal manera, en este específico caso, el auto definitorio de la situación jurídica del procesado fue dictado el 12 de febrero de 1996 y el de apertura a juicio se profirió el 18 de septiembre, también de 1996 (fols. 40 y 118) cobrando ejecutoria el 20 de septiembre de 1996 (fol. 120), fecha ésta desde la cual no han transcurrido los dos años requeridos para la operancia del fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, detentando aún, por consiguiente el Estado, su potestad punitiva.

El cargo principal pues, no prospera.

Tampoco tienen vocación de éxito los cargos primero, segundo y tercero subsidiarios, amparados en la causal 3a. del artículo 442 del C.P.M. que formula el funcionario censor y que concretó en la necesidad de un pronunciamiento jurisprudencial en relación con el procedimiento seguido para el juzgamiento del delito de deserción en su solicitud de concesión del recurso excepcional de casación, concedido por la Corte con fundamento en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P.

La censura primera traduce la denuncia por quebrantamiento de la garantía de la defensa del procesado, por haber sido emplazado y declarado persona ausente sin previo aviso, designándosele así defensor de oficio y privándolo del derecho de escoger su propio defensor;

Pues bien; el trámite para la instrucción y el juzgamiento del delito de deserción, común a los de abandono del puesto y del servicio, la fuga y el uso indebido de insignias y uniformes militares, es especial y lo contiene el artículo 694 del Código penal Militar cuyo texto es de este tenor:

"El juez o funcionario de instrucción adelantará y perfeccionará la investigación en el término de quince (15) días. Se oirá en indagatoria al procesado y se le resolverá su situación jurídica dentro de los dos (2) días siguientes. Si no fuere posible recibir la indagatoria dentro del término de la

instrucción señalado anteriormente, se le emplazará por dos (2) días, se le declarará persona ausente y se le designará defensor de oficio.

Perfeccionada la investigación, el juez de primera instancia por auto de sustanciación declarará la iniciación del juicio y dará traslado a las partes por dos (2) días para que soliciten las pruebas que estimen necesarias; si fueran conducentes las decretará. También podrá de oficio ordenar la práctica de pruebas.

Las pruebas se practicarán dentro de los cinco (5) días siguientes.

Vencido el término anterior, se dará traslado al fiscal para concepto por dos (2) días y al defensor por igual término para alegar. Se pronunciará fallo dentro de los tres (3) días siguientes".

Como se observa, no obstante tratarse de un procedimiento breve y sumario establecido para algunas infracciones contrarias al servicio, a la seguridad y a la administración de justicia que dentro del régimen castrense afectarían notoriamente la disciplina de no ser investigadas y reprimidas con celeridad y efectividad, que reduce sensiblemente el tiempo para la instrucción y el juzgamiento de esos hechos punibles en contraste con otros, no desconoce la guarda de las garantías de defensa, como parece entenderlo el casacionista al plasmar su extrañeza por el emplazamiento "sin previo aviso" del acusado y su declaratoria de persona ausente, con la consiguiente designación de defensor de oficio.

En ninguna parte la disposición legal en comentario consagra la obligación para el investigador, de dar previo aviso al sindicado para exigirla si no ha comparecido a la investigación para ser oído en indagatoria; el precepto impone al funcionario el deber de emplazarlo, declararlo persona ausente y proveerle un defensor de oficio, y ello fue justamente lo que aconteció en el caso concreto, en aplicación de un mandato, no por expedito, desconocedor de la garantía de la defensa.

El cargo no prospera.

Tampoco tiene opción invalidante el cargo tercero, que pese a presentarse separado del inmediatamente anterior, es en verdad complementario de ese planteamiento, como que atribuye a falta de actividad del Estado el no avisar al implicado la necesidad de su presencia en el Despacho investigador, para, ahí sí, emplazarlo y declararlo persona ausente.

Del proceso emerge claro que el juez investigador realizó la actividad que debía en procura de localizar al procesado antes de proceder a su emplazamiento, pues no sólo hizo lo posible por localizar a sus progenitores en la dirección registrada en los archivos de personal del ejército, sino que escuchó el testimonio de los dos Oficiales a quienes correspondió al uno, otorgarle la licencia en cuyo uso se ausentó del Cuartel, y al otro, recibir el reporte y hacerlo conocer, de su ausencia punible -que ellos

supieron se debía a hallarse huyendo de la autoridad por posiblemente haberse visto involucrado en algún homicidio mientras disfrutaba su franquicia-.

De ninguna manera el Juzgado atropelló el derecho de defensa del procesado; contrariamente, dentro de la brevedad de los términos del procedimiento aplicable, desplegó la actividad tendiente a escuchar sus explicaciones antes de emplazarlo y continuar la actuación, sin que esa dinámica aplicada amerite interpretaciones del precepto regulador del susodicho breve y sumario trámite.

El cargo no prospera.

El cargo segundo, en el que el demandante propala la transgresión de la garantía del debido proceso porque el procesado fue emplazado sin establecerse que no fue posible recibirle indagatoria se desmorona por fuerza de la realidad procesal.

La imposibilidad de oírlo en indagatoria resultó de su reticente actitud personal, no de inercia estatal; y si bien es cierto no se dejó constancia específica de esa imposibilidad, ella deriva de la incesante e infructuosa ya referida actividad del juzgado con miras a localizarlo antes de emplazarlo, con lo que la objeción del casacionista tórnase más especulativa que acorde con lo que el proceso bien deja a descubierto.

El cargo no prospera.

Ahora bien, en su empeño acusador, acudiendo a la causal 1a. de casación, el censor asegura que la sentencia es violatoria de la ley sustancial por errada interpretación del artículo 694 del C. P. M.

Esta disposición legal, como ha quedado visto, consagra el trámite establecido por el legislador para la investigación y juzgamiento de varios delitos, entre ellos el de deserción. No contiene reconocimiento de derechos que la conviertan en norma de derecho sustancial, sino que es un mandato de orden público, totalmente procedimental, cuyo incumplimiento por el juez, sea por errada intelección o por cualquiera otra causa, traduce vicio de procedimiento que puede llegar a ser irregularidad grave y enmendable solo por vía de la nulidad.

Siendo así, como bien lo apunta la Procuraduría Delegada en su concepto, no es posible acudir a la causal 1a. de casación, que consagra motivos de objeción que no discuten la validez de la actuación, sino los errores judiciales en la aplicación o en la interpretación de las normas que consagran derechos.

El reparo entonces, está técnicamente mal concebido y no prospera.

Ausente todo motivo para el pretendido pronunciamiento jurisprudencial a que se contraen los cargos subsidiarios de la demanda,

y vigente la potestad punitiva del Estado para el juzgamiento del caso materia de la sentencia, se decidirá de conformidad.

En mérito, la Corte Suprema en Justicia en Sala de Casación Penal, oído y acogido el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme, DEVUELVASE el expediente a la oficina de origen.

Copiese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, no; *Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla*.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD/ ERROR DE DERECHO/ FALSO JUICIO DE CONVICCION/ SANA CRITICA

No cualquier deficiencia argumentativa en la fundamentación de una decisión judicial es de suyo suficiente para viciar de nulidad el acto procesal. La Corte ha venido sosteniendo que sólo cuando no existe materialmente motivación, o existiendo es incompleta, equívoca o ambivalente, siendo necesaria para el aseguramiento de las garantías fundamentales del debido proceso o el derecho de defensa, es posible su estructuración.

Error de derecho por falso juicio de convicción en la apreciación del testimonio de (..).

Esta modalidad de error solo puede tener cabida en un sistema de tarifa legal, es decir cuando es la ley la encargada de regular el mérito y aptitud demostrativa del elemento probatorio, pues se presenta cuando el juzgador, al determinar su valor, desconoce las normas jurídicas que contienen esta tasación.

Al interior de un régimen de apreciación racional o sana crítica, donde la ley entrega al Juez la facultad de apreciar la prueba, no es jurídicamente posible la estructuración de esta clase de desaciertos, toda vez que la valoración se hace ya no frente a normas legales que establezcan su mérito, sino a la luz de las reglas de la sana crítica, siendo sólo factible que pueda presentarse cuando el fallador equivocadamente considera que un determinado medio probatorio tiene tarifa legal no teniéndola.

En el sistema penal colombiano rige el principio de persuasión racional, es decir que es el Juez el llamado a establecer la fuerza persuasiva de los medios de prueba, entre ellos del testimonio. De allí que el planteamiento del actor resulte totalmente equivocado, en cuanto no existe norma legal sobre la cual haya podido recaer el error denunciado, ni el cargo se apoya en una eventual suposición tarifaria.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Proceso No. 9913

Aprobado acta No.131

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 31 de mayo de 1994, mediante la cual el Tribunal Superior del Distr :o Judicial de Bogotá condenó a Julio Ramón Gutiérrez Delgado a la pena principal de 54 meses de prisión y multa de 11 salarios mínimos legales mensuales, como autor responsable de la conducta punible prevista en el artículo 33, inciso primero, de la ley 30 de 1986.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 17 de mayo de 1993, en el aeropuerto El Dorado de esta ciudad, personal adscrito a la Unidad Operativa Antinarcóticos de la Policía Nacional, halló en el maletín correspondiente a Julio Ramón Gutiérrez Delgado, quien viajaba de Cali hacia Madrid (España), cuatro bolsas de polietileno que contenían 1042 gramos de cocaína base, camufladas dentro de un doble fondo.

Iniciada la investigación (fols.5), la Fiscalía vinculó al proceso mediante indagatoria a Gutiérrez Delgado y definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, por infracción al artículo 33.1 de la ley 30 de 1986 (fols.8, 14, 24).

Sobre los hechos, el procesado explicó que cuando se estaba cumpliendo el transbordo en Bogotá, fue requerido por un agente de la policía para que le enseñara su valija, argumentando que debía ser requisada. Se dirigieron hacia los contenedores, y allí, después de identificarla, la sometieron a revisión, sin haber hallado absolutamente nada. Minutos más tarde, encontrándose a bordo del avión, un nuevo agente de la policía le comunicó que no podía viajar y debía acompañarlo. Lo llevaron a unas oficinas donde le mostraron una maleta que no era la suya, aun cuando muy parecida, en cuyo interior se encontraba su ropa y la sustancia. Es albañil de profesión, casado y con tres hijos. El viaje lo hacía en condición de turista, teniendo planeado hospedarse en el Gran Hotel de Madrid. Los dineros del pasaje ($800.000.oo), y 2.0000 dólares de que disponía para gastos los ahorró jugando al "chance". El tiquete lo adquirió a través de un amigo suyo llamado "chucho", quien le hizo el favor. Sostiene que en el trayecto del aeropuerto a la Sijín, uno de los policías comentaba que estos trabajos había que hacerlos para poder tener contento al Coronel (fols.8 y 14-1).

En el curso de la investigación se escuchó en declaración a Germán Hernández Bonilla, Agente de Policía adscrito a la Unidad Antinarcóticos, quien sostiene que después de haber sido revisada la maleta por primera

vez, por un compañero suyo, en presencia del pasajero, le llamó la atención el nerviosismo de este último. Debido a esto, decidió inspeccionarla personalmente, advirtiendo que su fondo resultaba demasiado grueso. Procedió entonces a "chuzarla" por uno de los extremos, hallando la consabida droga. De nuevo se hizo reconocimiento de la maleta en presencia del pasajero, quien al verse descubierto afirmó que el referido maletín se lo habían prestado en Cali, explicando que era albañil y viajaba a Madrid con el propósito de conseguir trabajo (fols.35 y 107).

Se practicaron también inspecciones judiciales en los aeropuertos "El Dorado" de Bogotá y "Alfonso Bonilla Aragón" de Palmira, con el fin de establecer el proceso interno de revisión de equipajes (fols.103 y 125), y se allegaron los resultados de los exámenes de laboratorio practicados a la sustancia incautada (fols. 46, 49).

Cerrada la investigación, se la calificó el 6 de septiembre de 1993 con resolución acusatoria por el delito previsto en el artículo 33.1 de la ley 30 de 1986 (fol.72). Rituado el juicio, el Juzgado 42 Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 16 de marzo de 1994, condenó a Gutiérrez Delgado a la pena principal de 54 meses de prisión y multa de 11 salarios mínimos mensuales, como autor responsable de la conducta imputada en el pliego de cargos (fol.155).

Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal Superior, mediante el suyo que ahora es objeto del recurso extraordinario, lo confirmó en todas sus partes.

La Demanda

Con fundamento en las causales primera y tercera de casación, sendos cargos presenta el demandante contra la sentencia impugnada.

Cargo primero

Violación indirecta de la ley sustancial debido a un error de derecho por falso juicio de convicción en la apreciación del testimonio del Agente de la Policía Germán Fernández Bonilla, consistente en haberle dado el juzgador un valor probatorio que legalmente no le correspondía, con desconocimiento del que ameritaban el resto de las pruebas.

Después de calificar de ilegal el procedimiento seguido por el testigo al inspeccionar por segunda vez la valija sin la presencia de su propietario, y asegurar que por ese solo aspecto su versión no ofrecía el grado de credibilidad que se le atribuye, alude a las inspecciones realizadas en los aeropuertos de Bogotá y Palmira, para sostener que estos medios de prueba desvirtúan el dicho del testigo, en cuanto demuestran que la maleta donde se halló la sustancia no podía pertenecer al acusado porque no tenía autoadhesivo (en la diligencia de identificación no se dejó constancia que

lo llevara), y porque materialmente no es posible que pudiera haber chidido los anteriores controles.

Otro desacierto en el análisis probatorio se presenta al considerar los juzgadores que el estatus económico del procesado no le permitía un desplazamiento a España. Esto, no es más que una especulación, alejada de toda realidad, pues existen manifestaciones de la forma como se logró la captación de estos recursos.

El error, en resumen, sobrevino al haberle sido negadas a las inspecciones judiciales el valor de plena prueba que la ley les asigna, y haberle dado credibilidad plena a un agente de policía que incumplió los requisitos propios de un tal procedimiento. La prueba existe y fue recaudada regularmente, pero su valor le fue negado por los fallos de instancia.

Apoyado en estas consideraciones solicita a la Corte casar el fallo impugnado y proferir el de reemplazo, teniendo en cuenta que no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 247 del estatuto procesal para proferir decisión de condena.

Cargo segundo

Haber sido dictada la sentencia en un juicio viciado de nulidad por irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso.

Sostiene que el Fiscal, al proferir resolución acusatoria, desconoció el contenido de los numerales 2°, 3° y 4° del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal, que contiene los requisitos formales mínimos de esta decisión, como quiera que escasamente hizo un relato comprimido de los hechos, omitiendo la evaluación de los medios de prueba aportados hasta ese momento, y haciendo apenas alusión al artículo 33 de la ley 30 de 1986.

Estas omisiones, y el menor esfuerzo realizado en orden a una adecuada motivación, constituyen un desacierto que vicia de nulidad el proceso, y que por no haber sido subsanado, imponen su declaración a partir inclusive de la providencia misma (fols.42 2).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

1. Tomando en cuenta el principio de prevalencia de las causales, el Procurador Primero Delegado en lo Penal asume en primer término el estudio del cargo formulado al amparo de la tercera, para sostener que las deficiencias de motivación advertidas por el libelista, y que la resolución de acusación ciertamente presenta, no tienen la virtualidad de invalidar la actuación por violación del debido proceso.

Sostiene que si bien es cierto el análisis de la prueba y de los planteamientos de la defensa son precarios, también lo es que los hechos y la calificación jurídica de la conducta fluyen de manera clara y precisa del

contenido de la providencia, sirviendo de soporte conceptual a la acusación.

No es verdad, como lo entiende el casacionista, que esta irregularidad sea de carácter sustancial, puesto que la alegación está referida a la ausencia parcial de los requisitos formales del proveído acusatorio, no a los de naturaleza sustancial señalados en el artículo 341 (sic) del estatuto procesal.

La providencia, además, cumplió la finalidad para la cual estaba destinada, con respeto absoluto del derecho de defensa, pues las partes tuvieron oportunidad de conocer con toda claridad los hechos configurantes de la acusación, su adecuación típica provisional, y las pruebas mínimas que comprometían la responsabilidad del procesado.

Esto explica la razón por la cual el impugnante no menciona, ni mucho menos demuestra, la real afectación de las garantías fundamentales, ni el desconocimiento de la estructura del proceso, sino que "solicita la nulidad por la nulidad misma".

Es del criterio, por consiguiente, que este reproche no debe prosperar.

2. En relación con el cargo formulado al amparo de la causal primera solicita ab initio su desestimación, por considerar que no cumple los presupuestos mínimos de técnica y fundamentación requeridos para su estudio.

En primer término, el casacionista olvida que en el sistema procesal vigente se abolió todo rastro de tarifa legal, habiendo sido acogido en su lugar el sistema de la sana crítica, donde la valoración de las pruebas se efectúa de acuerdo con los postulados de la lógica, la experiencia, el sentido común y la ciencia, resultando por tanto fuera de todo contexto alegar, como lo hace el actor, errores de derecho porque los juzgadores otorgaron un mayor o menor valor demostrativo a una prueba con respecto del reconocido en la ley.

Otro desacierto de orden técnico consiste en no haber precisado ni desarrollado el concepto de violación, limitándose a citar en forma genérica múltiples cánones del Código de Procedimiento. Aparte de esto, los argumentos expuestos por el demandante carecen de la solidez necesaria para desquiciar los fundamentos probatorios del fallo.

La actuación del agente de la Policía Hernández Bonilla responde al decidido interés del uniformado de cumplir con sus funciones, ante el nerviosismo revelado por el procesado, cuya versión fue desestimada después de haber sido cotejada con las otras pruebas. Y, la circunstancia que la maleta fuera puesta a disposición de la Fiscalía desprovista del adhesivo, no necesariamente indica que no perteneciera al imputado.

Finalmente resulta contraria a toda lógica la crítica a la sentencia por las referencias que en ella se hacen a la precaria situación económica del procesado, pues según la experiencia, una persona de escasos recursos no logra, con el producto de su trabajo, reunir $800.000.oo para adquirir el pasaje y 2.000 dólares para sus gastos, no siendo verosímil la explicación de haber tenido varios aciertos en el juego de chance (fols.12 del cuaderno de la Corte).

Se Considera

Al igual que lo hace el Procurador Delegado en su concepto, la Corte, siguiendo el orden lógico que impone el principio de prevalencia de las causales en casación, iniciará el estudio de los cargos propuestos por el planteado al amparo de la tercera.

Nulidad

No cualquier deficiencia argumentativa en la fundamentación de una decisión judicial es de suyo suficiente para viciar de nulidad el acto procesal. La Corte ha venido sosteniendo que sólo cuando no existe materialmente motivación, o existiendo es incompleta, equívoca o ambivalente, siendo necesaria para el aseguramiento de las garantías fundamentales del debido proceso o el derecho defensa, es posible su estructuración.

La normatividad procesal, tomando en cuenta la naturaleza jurídica de la decisión que debe ser objeto de proferimiento, predetermina en algunos casos su contenido formal, señalando los aspectos que deben ser analizados en ella, con miras a consolidar una fundamentación adecuada, que responda a su sustancialidad, como acontece, por ejemplo, con la medida de aseguramiento, la resolución de acusación y la sentencia (arts.180, 389 y 442 C.P.P.).

Este condicionamiento formal no implica, sin embargo, que el funcionario judicial deba adoptar un determinado esquema secuencial en la elaboración de la providencia, o asumir en capítulos separados el estudio de cada uno de los aspectos indicados en la norma, ni adentrarse necesariamente en complejas disquisiciones de orden teórico o dialéctico en relación con cada uno de ellos para que la decisión pueda considerarse suficientemente motivada. Lo importante, es que dentro de los parámetros que la propia ley señala, y que responden a la naturaleza de la decisión que ha de adoptarse, se presenten en forma clara y precisa las razones que la sustentan, de tal manera que los sujetos procesales puedan conocer sus fundamentos fáctico, probatorio y jurídico.

En el caso sub judice, cierto es que la decisión calificatoria no es formalmente un acto procesal perfecto, ni expresión de suficiencia argumentativa, pero no por ello puede afirmarse que carezca de motiva-

ción, o que la aducida sea deficiente, al extremo de no haber permitido a los sujetos procesales percibir los fundamentos y alcances del pronunciamiento.

De conformidad con lo establecido en el artículo 442 del estatuto procedimental, cuatro presupuestos mínimos de contenido formal debe cumplir este acto procesal: 1° Narración de los hechos investigados e indicación de las circunstancias que los especifiquen (imputación fáctica); 2° Señalamiento y evaluación de las pruebas allegadas al proceso (análisis probatorio); 3° Calificación típica de la conducta (imputación jurídica); y, 4° Respuesta a las alegaciones de las partes.

En torno de las imputaciones fáctica y jurídica, la providencia enjuiciatoria no suscita reparos de ninguna especie, pues estos aspectos aparecen claramente definidos en ella, como puede apreciarse en los siguientes apartes de su contenido:

"Los hechos ocurrieron el día 17 de mayo de 1993, cuando a las 8:15 horas en el aeropuerto el Dorado de esta ciudad, fue capturado el sindicado por agentes de policía, ya que en su poder le fue hallado un maletín, en cuyo fondo llevaba una sustancia que sometida a exámenes técnicos y químicos, arrojó un peso de 1.042 gramos, de estupefaciente positivo para cocaína y sus derivados;

"La conducta que nos ocupa se halla contemplada como punible, por el artículo 33 de la ley 30 de 1986, que señala que quien lleve consigo, conserve o pretenda sacar del país, sustancia que produzca dependencia, incurrirá en prisión de 4 a 12 años y multa de 10 a 100 salarios mínimos mensuales, siempre y cuando no tenga permiso de autoridad competente" (fols.72).

Los otros aspectos, también fueron objeto de estudio en el proveído calificatorio, y aun cuando la motivación que preside su análisis se caracteriza por su laconismo, ello no significa que carezca de sustentación. Su breve contenido, además de traslucir claramente los fundamentos probatorios de la decisión, es reflejo de lo que cuantitativa y cualitativamente ofrecía el proceso en este concreto campo.

Basta recordar que cuando se calificó el mérito probatorio del sumario aún no habían sido practicadas las inspecciones judiciales en los aeropuertos, para entender la razón por la cual en el análisis de la responsabilidad del procesado sólo se hace alusión a su versión y al dicho del Agente de Policía Hernández Bonilla.

Las consideraciones hechas por el instructor en relación con estos otros aspectos, son del siguiente tenor:

"Oído en indagatoria el sindicado manifestó que pretendía viajar a España, para buscar trabajo; que la sustancia incautada no es de su propiedad; que el maletín donde se encontró la sustancia estupefaciente no es el

mismo que él llevaba pero que su contenido sí corresponde a sus pertenencias, y que el tiquete o contraseña que él tenía no correspondía con el del maletín referido.

"Dentro de las diligencias se recibe un maletín de cuero que no trae ninguna etiqueta o contraseña, no siendo posible establecer o verificar lo dicho por el sindicado. El Despacho da plena credibilidad al informe policivo suscrito por el Jefe de la Unidad de Narcotráfico de la Sijin Mebog, rendido de conformidad con el artículo 316 del C.P.P., en ejercicio de su calidad de miembro de la Policía Judicial. Dicho informe fue ratificado y confirmado por el Agente de la Policía Germán Hernández Bonilla, quien establece las circunstancias en que sucedieron los hechos.

"En su oportunidad este Despacho profirió medida de aseguramiento de detención preventiva con argumentos y material probatorio que en la actualidad no han sido desvirtuados, todo lo contrario han sido reafirmados con la declaración del Agente Hernández Bonilla, como lo expresa claramente el representante del Ministerio Público en sus alegatos, que son tenidos en cuenta en estos momentos.

(..)

"En cuanto a los alegatos presentados por el defensor del sindicado encontramos: no solicita la preclusión de la investigación, en consideración a que no están demostrados los hechos que se le han imputado (sic), pero sí solicita que se continúe la instrucción, para que se aclaren las circunstancias en que ocurrieron los hechos por los cuales fue capturado su defendido. El despacho no comparte en absoluto los planteamientos que presenta el defensor, ya que los elementos probatorios que obran dentro del sumario, no permiten tomar tal decisión, inadecuada, máxime tratándose del tipo de delito y de la pena señalada para el caso que nos ocupa" (fols. 72 y 73).

Como puede verse, además de la imputación fáctico jurídica, también se precisan los fundamentos probatorios de la imputación subjetiva, no con la aplicación y amplitud deseadas, pero con la precisión y claridad necesaria para que los sujetos procesales conocieran los cargos objeto de juzgamiento y la razón de ser de los mismos, no siendo de recibo, por tanto, las afirmaciones en el sentido de que con esta decisión se afectó el debido proceso o el derecho de defensa.

Tan cierta resulta ser esta apreciación que el actor, en el desarrollo del cargo, ni siquiera intenta demostrar de qué manera su asistido pudo haberse visto afectado en sus garantías fundamentales con esta supuesta informalidad, como era su deber hacerlo si pretendía una formulación seria de la censura.

El cargo no prospera.

"Error de derecho por falso juicio de convicción en la apreciación del testimonio de Germán Hernández Bonilla."

Esta modalidad de error sólo puede tener cabida en un sistema de tarifa legal, es decir cuando es la ley la encargada de regular el mérito y aptitud demostrativa del elemento probatorio, pues se presenta cuando el juzgador, al determinar su valor, desconoce las normas jurídicas que contienen esta tasación.

Al interior de un régimen de apreciación racional o sana crítica, donde la ley entrega al Juez la facultad de apreciar la prueba, no es jurídicamente posible la estructuración de esta clase de desaciertos, toda vez que la valoración se hace ya no de frente a normas legales que establezcan su mérito, sino a la luz de las reglas de la sana crítica, siendo sólo factible que pueda presentarse cuando el fallador equivocadamente considera que un determinado medio probatorio tiene tarifa legal no teniéndola.

En el sistema penal colombiano rige el principio de persuasión racional, es decir que es el Juez el llamado a establecer la fuerza persuasiva de los medios de prueba, entre ellos del testimonio. De allí que el planteamiento del actor resulte totalmente equivocado, en cuanto no existe norma legal sobre la cual haya podido recaer el error denunciado, ni el cargo se apoya en una eventual suposición tarifaria.

Al margen de este desacierto, el casacionista no logra en su enrevesado escrito delimitar el contenido del cargo, pues mientras en algunos de sus apartes cuestiona la credibilidad del testigo, en otros controvierte la legalidad del procedimiento seguido por éste al término de la primera requisa, todo dentro de un mismo contexto argumentativo, tornando de esa manera equívoco el alcance de la censura.

Tales reproches, por ser de naturaleza distinta, ameritaban desarrollos separados. Mientras en el primer supuesto, el error sería de hecho y exigía demostrar que el juzgador desconoció las reglas de la sana crítica al valorar el testimonio de Hernández Bonilla, en el segundo correspondía invocar uno de derecho por falso juicio de legalidad, no en relación con el testimonio, sino con el procedimiento seguido en el operativo de incautación de la sustancia.

A pesar de estas insalvables deficiencias técnicas y de sustentación, de suyo suficientes para desestimar la censura, considera la Sala conveniente precisar que las conclusiones probatorias de los fallos de instancia consultan la realidad fáctico procesal, y que no es cierto que la valija donde se halló el alcaloide hubiera sido revisada a espaldas del procesado. Del contenido del referido testimonio y de las constancias dejadas en las actas de incautación del maletín y la sustancia (fols.4 y 16-1), se deduce que estos actos se cumplieron en su presencia, incluido el de remoción de la base de madera donde se escondía el estupefaciente.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, No; *Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REDENCION DE PENA

De acuerdo con el artículo 80 de la Ley 65 de 1993 corresponde al INPEC determinar los trabajos que deban organizarse en cada centro de reclusión, "los cuales serán los únicos válidos para redimir la pena", facultad que fue desarrollada en la Resolución No. 3.272 de 1995 cuyo artículo 2° prevé como tales la actividad industrial, agrícola, pecuaria, artesanal, de mantenimiento, de servicios y de labores públicas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., septiembre siete (7) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 14117

Aprobado Acta No. 134.

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la petición de libertad que formula el procesado Joel Antonio Adarve Manrique.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

1. Por virtud de una infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986 el señor Joel Antonio Adarve Manrique fue privado de su libertad a partir del día 6 de septiembre de 1996, adelantándose en su contra el respectivo proceso dentro del cual se dictaron sentencias de primera y segunda instancia fechadas respectivamente en julio 9 y septiembre 19 de 1997 condenando al acusado a la pena principal de cuatro años de prisión.

2. Encontrándose ahora el proceso en la Corte por razón del recurso extraordinario de casación, solicita Adarve Manrique se le conceda la libertad condicional habida cuenta que reúne los requisitos exigidos por el artículo 72 del Código Penal, pues a la fecha ha descontado físicamente un tiempo de 23 meses y 11 días que sumados al redimido con trabajo en los establecimientos carcelarios donde ha permanecido, según lo acredita con los correspondientes certificados, constituyen las dos terceras partes de la pena que se le impuso, a lo cual debe aunarse su buen comportamiento en

los centros de reclusión y el logro de su readaptación social demostrada en las oportunidades en que ha hecho uso de los permisos de 72 horas que le fueran concedidos.

3. Como quiera que la impugnación extraordinaria no ha sido aún objeto de decisión debe entenderse que la solicitud formulada por el procesado no es de libertad condicional, dada la falta de ejecutoria de la sentencia, sino de libertad provisional en términos del numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, norma que de todas maneras exige para el reconocimiento del beneficio solicitado el cumplimiento de los requisitos demandados por el subrogado referido en los artículos 72 del Código Penal y 515 del Código de Procedimiento Penal, los cuales son: que la pena impuesta sea de arresto superior a 3 años, o prisión que exceda de dos; que se hubiere descontado en reclusión las dos terceras partes de dicha pena; que se acredite buena conducta en el establecimiento carcelario; resolución favorable del Consejo de Disciplina o, en su defecto del director del respectivo establecimiento carcelario; copia de la cartilla biográfica y que la personalidad del interno, su buena conducta y sus antecedentes de todo orden permitan suponer fundadamente su readaptación social.

4. Confrontados tales requerimientos con la solicitud de Adarve Manrique y con los documentos anexos a la misma, encuentra la sala reunidos solamente los referidos a la cantidad de pena impuesta, que fue de cuatro años de prisión y a la buena conducta en el establecimiento carcelario, no sucediendo lo mismo con los restantes, por cuya ausencia se resolverá negativamente el pedido de libertad.

5. En efecto, además de que el procesado no adjuntó copia de la cartilla biográfica ni la resolución favorable del Consejo de Disciplina o del director del centro de reclusión, los certificados que supuestamente acreditan trabajo en reclusión no cumplen con las exigencias legales como para dar por descontadas las dos terceras partes de la pena.

De acuerdo con el artículo 80 de la Ley 65 de 1993 corresponde al INPEC determinar los trabajos que deban organizarse en cada centro de reclusión, "los cuales serán los únicos válidos para redimir la pena", facultad que fue desarrollada en la Resolución No. 3.272 de 1995 cuyo artículo 2° prevé como tales la actividad industrial, agrícola, pecuaria, artesanal, de mantenimiento, de servicios y de labores públicas.

Significa lo anterior que el certificado No. 011 de la Cárcel de Aranzazu no resulta claro como para tenerlo en cuenta en el propósito perseguido, dado que allí, de forma genérica se señalan como actividades desarrolladas por el recluso jurídica, ordenanza y distribución alimentos pero sin discriminar el tiempo dedicado a cada una, olvidando no sólo que la actividad jurídica no se encuentra dentro de los trabajos válidos para redimir pena, sino además la imposibilidad de tener en cuenta la labor desarrolla-

da en domingos y festivos tal como lo establece el artículo 100 de la precitada ley, pues en relación con los meses de mayo a julio de 1998 resultan certificados como de trabajo todos sus días, sin acreditarse la excepción que la propia norma señala.

La situación ofrece aún menos claridad si observado el certificado No. 034 de la Cárcel de Salamina, ni siquiera allí se señala cuál fue la actividad que desplegó el procesado como para hacerlo acreedor de un descuento punitivo.

Por tanto, dadas las observaciones que así se formulan, la Sala no tendrá en cuenta los citados certificados y ello implica que tampoco el requisito relativo al descuento de las dos terceras partes de la pena se reúne toda vez que hasta ahora se ha acreditado uno de 23 meses y 28 días, que obviamente no alcanza la proporción mencionada que sería de 32 meses.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

NO CONCEDER LA LIBERTAD PROVISIONAL al procesado Joel Antonio Adarve Manrique.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Rechazo/ ACCION DE REVISION-Prueba nueva

Si bien el art. 235 del C. de P.P. dispone dentro del trámite propio de la acción de revisión, que cuando la demanda no reúne los requisitos a que se refiere el art. 234 ibidem, ella será "inadmitida" mediante auto interlocutorio, la jurisprudencia ha entendido que esta expresión no es exclusiva ni excluyente y por ende, que puede aceptarse otras semejantes tales como "rechazada" o "desestimada", que justamente resultan sinónimas y equivalentes en el preciso sentido que comprende una tal determinación, esto es, que la demanda se presenta como inidónea o inepta para promover el adelantamiento del proceso revisorio.

Así también, las normas procesales penales que actualmente nos rigen no han contemplado en materia de revisión la posibilidad de adoptar respecto del escrito sustento de esta acción, decisiones diversas a los autos de admisión o rechazo in limine *de la demanda, por ende, no existe en esta materia el simple rechazo o la inadmisión que posibilita subsanar los defectos de la misma dentro de un término judicial o legal.*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 14392

Aprobado Acta No.135

VISTOS

Decide la Sala el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de César Augusto Morales García, contra el auto del pasado 14 de junio del año en curso, mediante el cual se rechazó *in limine* la demanda de revisión presentada a su nombre.

FUNDAMENTOS DE LA REPOSICIÓN

Por la inobservancia de los requisitos exigidos en el art. 234 del C. de P.P., rechazó la Corte la demanda de revisión instaurada a nombre de Mo-

rales García por su apoderado, básicamente en la consideración de que el actor omitió acreditar la constancia de ejecutoria de los fallos, acompañar la prueba testimonial a que aludió como nueva en apoyo de la causal tercera esgrimida, como también en repudiar como medio de convicción válido al mismo propósito un casete aportado en sustento de la acción promovida.

Contra ésta decisión, varios son los aspectos sobre los cuales manifiesta su inconformidad el actor, así:

En primer lugar el referido a los efectos mismos del proveído interlocutorio, por cuanto en su criterio los reparos hechos a la demanda son subsanables, ameritándose de este modo su simple inadmisión y no su rechazo.

De otra parte, respecto de la objeción relacionada con el hecho de no acompañar a la demanda la respectiva constancia de ejecutoria del fallo, explica las razones por las cuales no se contó oportunamente con ella, la que en todo caso anexa al escrito de reposición.

Respecto al contenido e intervinientes en el casete, muestra su inconformidad pues no debería dudarse de la buena fe en su postulación ni por parte del procesado ni del propio impugnante dentro de este trámite, siendo además claro que no le es exigible a dicho medio probatorio producir certeza, sino apenas constituir prueba sumaria, que es lo requerido por la ley.

Tampoco comulga el recurrente con la afirmación de la Sala según la cual la falta de transcripción del casete "impide llegar a la certeza sobre el real origen del documento", criticando que se exija de esta prueba que sea auténtica, cuando la ley exclusivamente habla de prueba "sumaria", siendo a la Corte en el trámite propio de la acción propuesta a quien correspondería ordenar su transcripción, no resultando en consecuencia pertinente la aplicación del art. 252 del C. de P.C., pues no es factible que en lo penal se imponga a los demandantes la aportación de documentos auténticos en los términos señalados por la ley civil que es tarifada.

Solicita, entonces, se revoque la decisión recurrida y se admita la demanda de revisión, pues el único requisito realmente obviado referido a la constancia de ejecutoria del fallo y que daba lugar a la inadmisión, ahora es subsanado. De lo contrario, que se declare inadmisible y se disponga del término dentro del cual debe corregirse el libelo.

CONSIDERACIONES

1. Si bien el art. 235 del C. de P.P. dispone dentro del trámite propio de la acción de revisión, que cuando la demanda no reúne los requisitos a que se refiere el art. 234 ibidem, ella será "inadmitida" mediante auto interlocutorio, la jurisprudencia ha entendido que esta expresión no es

exclusiva ni excluyente y por ende, que puede aceptarse otras semejantes tales como "rechazada" o "desestimada", que justamente resultan sinónimas y equivalentes en el preciso sentido que comprende una tal determinación, esto es, que la demanda se presenta como inidónea o inepta para promover el adelantamiento del proceso revisorio.

2. Así también, las normas procesales penales que actualmente nos rigen no han contemplado en materia de revisión la posibilidad de adoptar respecto del escrito sustento de esta acción, decisiones diversas a los autos de admisión o rechazo *in limine* de la demanda, por ende, no existe en esta materia el simple rechazo o la inadmisión que posibilita subsanar los defectos de la misma dentro de un término judicial o legal.

Siendo ello así, carentes de razón resultan los argumentos del impugnante orientados a discutir cuáles son los efectos de la decisión objeto de inconformidad, en el entendido de que las falencias advertidas por la Sala podían ser subsanables y en consecuencia, que la determinación ha debido señalar un plazo para dicha enmienda, más aún cuando nada obsta para que el apoderado pueda promover nuevamente la acción rescisoria satisfaciendo en esa oportunidad los insoslayables requisitos fijados en la ley.

3. Tampoco desde luego resulta admisible, que el trámite de la reposición pueda ser utilizado para colmar aquellas exigencias dejadas de cumplir o para anexar documentos que debieron incorporarse oportunamente, toda vez que las razones jurídicas en que se sustenta el recurso deben bastarse a sí mismas para que con base en lo existente en la actuación, el juez revoque, reforme o aclare su decisión, sin que pueda tomarse este recurso ordinario como un periodo de gracia para cumplir con las exigencias de ley que desde un principio han debido observarse.

4. Ahora en lo atinente con el valor que como prueba sumaria ha debido dársele al casete, pues en criterio del impugnante no es exigible de ella su autenticidad siendo este un requisito que según el actor la Corte hace en la decisión recurrida, con lo cual se estaría limitando la posibilidad de que se adelante el proceso revisorio y se permita entonces cotejar dicho medio de convicción con otras pruebas, para después del debate y juicio valorativo correspondientes dilucidar las dudas que pudiesen desprenderse de su contenido, es evidente que el alegato parte de una notable equivocación acerca de la teleología propia de esta especial acción y de la causal tercera a la cual se ha acudido, como es la de considerar que a través de ella es plausible abrirle paso a una nueva controversia probatoria, cuando de lo que se trata, es de que la prueba cualificada por su novedad frente a los elementos que los sentenciadores pudieron apreciar, además de ser válida como tal, ofrezca una irrefutable fuerza y seriedad ante la verdadera expectativa de haberse condenado a un inocente, pero en manera alguna porque cualquier medio de convicción, así pueda

repitarse como nuevo, posibilite por ese sólo motivo el trámite de la revisión.

5. En igual sentido, con mayor razón no es viable habilitar el procedimiento rescisorio, cuando la única prueba que se aduce es una cinta magnetofónica, en la medida en que este elemento es apenas fuente de prueba, pero no la prueba misma, de donde se desprende que si se desconoce quien es su autor, es decir, si no está demostrada su autenticidad, ella no puede servir como medio válido para probar y mucho menos para sustentar siquiera sumariamente una acción de esta naturaleza.

6. Se insiste entonces, en que el simple acopio de un casete como elemento de convicción que se pretende válido en sustento de la causal tercera del art. 232 del C. de P.P., es decir, como "prueba nueva" para desvirtuar la fuerza propia de la cosa juzgada declarada a través de un fallo condenatorio ejecutoriado, no puede servir a este propósito, pues ni siquiera en principio es dable reconocerle con estos fines el carácter sumario que, efectivamente, es lo exigible, es decir, que se trate de un medio persuasivo que no ha sido objeto de contradicción, pero que, indefectiblemente, debe ostentar la condición de prueba.

Con base en lo brevemente considerado, la Sala mantendrá la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

NO REPONER el auto del pasado 14 de junio del año en curso que fuera impugnado.

Comuníquese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRINCIPIO DE PRECLUSION

En el régimen legal vigente en nuestro sistema jurídico impera para los sujetos procesales el principio de preclusividad, según el cual, el proceso se desarrolla en una secuencia de actos procesales que deben ejecutarse dentro del plazo precisamente señalado para ellos, y que por consiguiente, al expirar el término contemplado para la específica actividad de dichos sujetos, no puede ya realizarse porque su oportunidad ha precluido. Vale decir, la preclusión traduce la clausura de un determinado tracto procesal y cierra la posibilidad de ejercer un determinado derecho, y también la de cumplir una específica carga procesal que debió colmarse en un lapso preestablecido.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., septiembre ocho (8) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Proceso No. 14357

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Aprobado Acta No.135

Se desata el recurso de reposición interpuesto por el procesado, abogado Manuel Antonio Iglesias Martínez, contra el auto proferido por esta Sala el 15 de julio del año que transcurre, mediante el cual se resolvió negativamente la solicitud de concesión del recurso de casación excepcional, basada en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P., presentada por el mismo profesional.

Antecedentes

Por abstenerse el recurrente de establecer la necesaria correlación entre su petición de concesión del recurso extraordinario excepcional a través del cual pretendía impugnar la sentencia de segunda instancia dictada el 31 de octubre de 1997 por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá y los motivos autorizados en el tercer inciso del artículo 218 del C. de P.P. para que la Corte dentro de su competencia determinara si concedía la impugnación, se resolvió adversamente su pretensión, en la citada

providencia del quince (15) de julio próximo pasado, que ahora cuestiona el mismo interesado a través del recurso de reposición, arguyendo que en el proceso de cuyo fallo disiente, hubo por parte de los funcionarios judiciales, tanto de la fase instructiva como de la del plenario, transgresión de, según precisa:

"los parámetros inmersos en el Art.29 de Nuestra Carta Magna.. por cuanto se abrió la correspondiente investigación con elementos de juicio completamente diversos a los que en aras de la verdad y la buena fe, erigían culto a una realidad, taxitamente (sic) plandeada".

Solicitando, luego de algunas expresiones complementarias de lo anotado, la reconsideración de la decisión que impugna "en aras de una recta y eficaz administración de justicia".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Olvida el señor abogado sentenciado y recurrente, que en el régimen legal vigente en nuestro sistema jurídico impera para los sujetos procesales el principio de preclusividad, según el cual, el proceso se desarrolla en una secuencia de actos procesales que deben ejecutarse dentro del plazo precisamente señalado para ellos, y que por consiguiente, al expirar el término contemplado para la específica actividad de dichos sujetos, no puede ya realizarse porque su oportunidad ha precluído. Vale decir, la preclusión traduce la clausura de un determinado tracto procesal y cierra la posibilidad de ejercer un determinado derecho, y también la de cumplir una específica carga procesal que debió colmarse en un lapso preestablecido.

Para el caso que se examina, la oportunidad que tenía el recurrente de adecuar a la previsión legal de la norma de soporte de la petición el o los motivos para impugnar extraordinariamente y de manera excepcional el fallo de segundo grado, se agotó con el término legal para interponer el recurso extraordinario, y aunque de ella hizo uso el profesional lo fue deficientemente, en cuanto no expuso las precisiones indispensables para el empeño de ese momento procesal.

Si como consecuencia de esa falencia se denegó su petición, no puede ahora habilitar el término que le otorga el recurso de reposición para enmendar su yerro, ni la Corte aceptarlo, porque ello sería crear un dispositivo procesal no previsto por el legislador, quebrantándose así la garantía del debido proceso, uno de los pilares del orden jurídico interno.

De tal manera, se desestimará la argumentación que *a posteriori* pretende hacer valer el recurrente, y se denegará la reposición solicitada.

Por razón de lo expuesto, la Corte Suprema en Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

NO REPONER el auto recurrido. En firme, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese. Notifíquese y Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Requisitos

El artículo 232 del C. de P.P. contempla las causales que hacen procedente la acción de revisión, especificando que la providencia susceptible de este control posterior al establecimiento de la cosa juzgada, es la sentencia ejecutoriada, mientras que el artículo 234 de la misma codificación fija los parámetros para la instauración de la acción, a la vez que el artículo 235 ibídem, indica el trámite a que se halla sujeta la demanda ante la Corte.

De acuerdo con esta sistemática preceptiva, la acción de revisión intentada cuando el proceso penal ha sido definitivamente fallado, sólo procede contra la sentencia; y según el numeral 3o. del citado artículo 234, es imperativo para el demandante, señalar, de entre las taxativas causales, la que encuadre el evento concreto de su interés y correlativamente, exponer los fundamentos de hecho y de derecho en que apoya su solicitud. Sin estos supuestos de forma, la demanda corre el riesgo de ser inadmitida.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., septiembre ocho (8) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*

Proceso No. 14754

Aprobado Acta No. 135

Decide la Corte lo procedente respecto de la demanda presentada a nombre de la sentenciada Betty Nancy Martínez de Escobar para sustentar la acción de revisión propuesta contra la sentencia dictada el 15 de enero de 1997 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, confirmatoria de la de primera instancia emanada del Juzgado 23 Penal del Circuito de la misma ciudad, que la condenó como autora intelectual del delito de falsedad de particular en documento público.

ANTECEDENTES

1°. El 22 de diciembre de 1993, durante el trámite de su certificado de antecedentes judiciales ante el D.A.S. en la ciudad de Cali, Betty Nancy

Martínez de Escobar exhibió para identificarse un documento que aparentaba ser su cédula de ciudadanía, el cual ostentaba características de posible falsedad, razón por la cual fue aprehendida y el documento sometido a inmediata experticia, que confirmó la detectada falsedad.

La sindicada, abogada de profesión, fue vinculada al proceso que para establecer lo sucedido se adelantó, y condenada como determinadora del delito de falsedad de particular en documento público y uso del mismo a la pena principal de dos años y seis meses de prisión, en fallo de primera instancia, que apelado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó mediante sentencia del 15 de enero de 1997.

2°. Contra la sentencia de segunda instancia la procesada interpuso el recurso de casación, pero dado que la demanda introducida para la sustentación presentó inconsistencias de técnica, fue rechazada *in limine* y la impugnación extraordinaria declarada desierta por auto de la Sala Penal de esta Corte proferido el 24 de marzo de 1998, quedando así ejecutoriado el fallo que hace tránsito a cosa juzgada.

3°. Inconforme, ahora la sentenciada pretende incoar acción de revisión a través de apoderado especialmente constituido, mediante la demanda que examina la Corte para verificar si se allana a las exigencias formales previstas en el artículo 234 del C. de P.P.

La Demanda

La constituye extensísimo escrito que de entrada resalta, la omisión de precisar la causal de revisión que sirve de soporte legal a su pretensión, respecto de lo cual se limita a anotar en el capítulo de "notificaciones" que la demanda se fundamenta en el artículo "231 del Código de Procedimiento Penal" reiterando además, que la demanda tiene como fin objetar tanto la sentencia del Tribunal como "la sentencia" de la Corte, en alusión esta última providencia, al referido auto de esta Corporación, proferido para rechazar por vicios de forma la demanda de casación y declarar desierto el recurso extraordinario.

El contexto de la demanda dedica la mayor parte de su atención a referir el contenido de los fallos de las instancias y del prealudido auto de la Corte, del que afirma, ésta "no entró a decidir en el fondo el recurso de casación mencionado", para, páginas adelante, arribar a una realidad probatoria diferente a la procesalmente acreditada, aseverando que ni las sentencias de las instancias ni la providencia de la Corte precisaron cuál fue el documento cuya falsedad se atribuyó a la sentenciada, y que el que ella exhibió ante el D. A. S. para la gestión de su pasado judicial no fue una cédula de ciudadanía, sino la constancia de hallarse tramitando "la solicitud de duplicado de su cédula" por pérdida de la original, a lo cual la autorizaba el Decreto 2864 de 1952, constancia ésta que le entregó el

inescrupuloso y para ella desconocido, sujeto particular al cual acudió confiadamente para que le gestionase el duplicado de su documento de identidad, con el resultado conocido. Para apoyar teóricamente su visión de los hechos, el profesional incluye en su escrito citas doctrinarias de conocido autor nacional sobre el tema de la falsedad documental y a fragmentos jurisprudenciales que considera pertinentes.

Avanzando en su exposición afirma que a la investigación no fue vinculado el verdadero tramitador del documento, que es de apellido Quiñones y que así se condenó a su poderdante, con flagrante transgresión del artículo 29 de la C. N., cuyo texto transcribe junto con los artículos 4o. y 1o. del C. de P.P., y con los artículos 5o. y 40 del C.P., centrando su atención en el numeral 4o. de este último precepto, con remisión a nueva cita jurisprudencial, procurando adecuar conforme a estas referencias, el caso demandado y explicando a continuación las razones por las cuales en su criterio, la sentenciada no incurrió en la conducta que se le imputó, aserción ésta que puntualiza:

".. puede comprobarse en forma fehaciente, bien revisando o mejor mirando la fotocopia de la cédula de ciudadanía que corresponde a .. pues la cédula original o mejor el documento base de la cédula de ciudadanía referida, se encuentra archivada en la Registraduría ..".

Para cerrar esta parte de su memorial hace referencia al artículo 4o. de la Ley 85 de 1981 sobre las causales de cancelación de la cédula de ciudadanía, formulando a continuación las "Pretensiones", incluyendo entre ellas que la Corte ordene revisar su propio auto, al que llama "sentencia" del 24 de marzo del corriente año de 1998, por ser violatorio del artículo 29 de la C.N.; que así mismo, ordene la revisión de las sentencias dictadas en primera y segunda instancia en el proceso y se declare que la sentenciada "no es responsable del presunto delito de falsedad porque se le condenó".

Finalmente, en el capítulo de "documentos" advierte que adjunta el poder que le fue conferido y la fotocopia de la cédula de ciudadanía expedida a su procurada, cuyo original se le extravió. En el mismo apartado manifiesta que la Corte "puede solicitar" a la Registraduría Nacional del estado civil certificación sobre la titularidad de ese documento. Depreca también que se solicite el proceso al Juzgado que conoció de él en primera instancia y en él se verifique si el documento que el Juzgado afirmó dio origen a la investigación corresponde al de la documentación que reposa en la Registraduría en relación con el número de cédula asignado a la sentenciada.

Consideraciones de la Corte

El artículo 232 del C. de P.P. contempla las causales que hacen procedente la acción de revisión, especificando que la providencia susceptible

de este control posterior al establecimiento de la cosa juzgada, es la sentencia ejecutoriada, mientras que el artículo 234 de la misma codificación fija los parámetros para la instauración de la acción, a la vez que el artículo 235 *ibidem* indica el trámite a que se halla sujeta la demanda ante la Corte.

De acuerdo con esta sistemática preceptiva, la acción de revisión intentada cuando el proceso penal ha sido definitivamente fallado, sólo procede contra la sentencia; y según el numeral 3o. del citado artículo 234, es imperativo para el demandante, señalar, de entre las taxativas causales, la que encuadre el evento concreto de su interés y correlativamente, exponer los fundamentos de hecho y de derecho en que apoya su solicitud. Sin estos supuestos de forma, la demanda corre el riesgo de ser inadmitida.

En el caso que se examina, el censor manifiesta orientar también la acción de revisión contra la providencia en que la Corte determinó la inviabilidad del recurso de casación por vicios de forma de la demanda, olvidando que tal pronunciamiento carece de la connotación de sentencia, puesto que no es definitoria de la cuestión juzgada ya que en tales casos la Corte no entra a estudiar los extremos del fallo de las instancias y apenas si marca la pauta para su ejecutoria, en cuanto cierra la posibilidad de cuestionarlo cuando aún no ha terminado el proceso.

De otro lado, precisado quedó por el contenido de la demanda, que la inconformidad del actor se concreta en situaciones distintas al ámbito de la acción de revisión, de donde aflora la razón por la cual se abstuvo el profesional de encajar normativamente ese aspecto de su discurso, prefiriendo al final, afirmar como fundamento de su demanda el artículo 231 del C. de P. P., que es precepto por completo ajeno al tema de la acción que pretende incoar, como que se halla ubicado en capítulo diferente del estatuto procesal.

Esta falla es tan evidente, que el planteamiento del disenso parte de una realidad probatoria distinta a la reconocida por los jueces de las instancias, pero nacida, no a posteriori de los debates procesales -como es lo propio y característico de la acción de revisión-, sino en el curso de la misma investigación y dentro de ella -situación de eventual mérito para el recurso de casación- consistente en que, según el señor apoderado, el documento que la sentenciada exhibió ante el D. A. S. cuando gestionaba su certificado de pasado judicial fue otro y no la cédula de ciudadanía cuya falsificación se le imputó y por la cual se la condenó.

Girando el discurso alrededor de tal hipótesis, a la cual, en una confusión conceptual imposible de silenciar, se sumaron supuestos quebrantamientos a garantías no precisadas por el actor, contempladas en el artículo 29 de la C. N. y a la ausencia de dolo en la sentenciada, resultaba imposible caracterizar cualquiera de las causales de revisión, como en efecto sucedió, desnaturalizándose así la acción propuesta y por

ende la demanda, que en consecuencia, debe ser inadmitida, puesto que la Corte no está llamada a habilitar propuestas que sólo compete estructurar al titular del derecho de postulación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema en Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1o. Tiénese al doctor Carlos Gabriel Ortiz, portador de la T.P. de abogado No.51.440 C.S.J., como apoderado de la sentenciada, en los términos del mandato que le fue diferido.

2o. RECHAZAR IN LIMINE la demanda de revisión presentada a nombre de Betty Nancy Martínez de Escobar, contra la sentencia proferida el 15 de enero de 1997 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en la que se le condena como determinadora del delito de falsedad material de particular en documento público.

Cópiese notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

BENEFICIO ADMINISTRATIVO

La Sala ha sostenido en forma reiterada que el estudio de la redención de pena (artículos 530 y ss. del Código de Procedimiento Penal) y la concesión de los beneficios administrativos de que trata la ley 65 de 1993 y demás disposiciones complementarias, no le corresponde a esta Corporación, no sólo por no ser de su competencia, sino por no encontrarse aún ejecutoriada la sentencia.

Las únicas excepciones al reconocimiento de redención de pena en sede del recurso extraordinario, son las contempladas expresamente por los artículos 5° del Decreto 1542 de 1997, y 415.2 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 55 de la Ley 81 de 1993); esto es, para efectos del permiso de setenta y dos (72) horas contemplado en el artículo 147 de la ley 65 de 1993 -siendo claro que la concesión o negación de este beneficio administrativo corresponde a los directores de los centros de reclusión-; y para acreditar la parte cumplida de la pena, con miras a obtener la libertad provisional solicitada con fundamento en el artículo 415.2 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Proceso No. 12227

Aprobado acta No. 135

1. Asunto

Resolver la solicitud de reconocimiento de redención de pena por trabajo elevada por el defensor del interno Siervo de Jesús Sanabria Pulgarín, quien se encuentra recluido en la Cárcel Nacional del Distrito Judicial "La Modelo" de Santa Fe de Bogotá.

2. Consideraciones de la Corte

Siervo de Jesús Sanabria Pulgarín fue condenado en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, a la pena principal privativa de la libertad de 18 años de prisión, como autor de los delitos de homicidio, tentativa de homicidio y porte ilegal de armas (fol. 78 c. del Tribunal).

Contra el fallo anterior la defensa interpuso el recurso extraordinario de casación, cuyo trámite se surte actualmente.

En escrito que antecede, el defensor del prenombrado solicita en forma genérica la "redención de pena", allegando al efecto dos certificados de trabajo expedidos por la Cárcel del Distrito Judicial "La Modelo", con su correspondiente evaluación.

La Sala ha sostenido en forma reiterada que el estudio de la redención de pena (artículos 530 y ss. del Código de Procedimiento Penal) y la concesión de los beneficios administrativos de que trata la ley 65 de 1993 y demás disposiciones complementarias, no le corresponde a esta Corporación, no sólo por no ser de su competencia, sino por no encontrarse aún ejecutoriada la sentencia.

Las únicas excepciones al reconocimiento de redención de pena en sede del recurso extraordinario, son las contempladas expresamente por los artículos 5° del Decreto 1542 de 1997, y 415.2 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 55 de la Ley 81 de 1993); esto es, para efectos del permiso de setenta y dos (72) horas contemplado en el artículo 147 de la ley 65 de 1993 -siendo claro que la concesión o negación de este beneficio administrativo corresponde a los directores de los centros de reclusión-; y para acreditar la parte cumplida de la pena, con miras a obtener la libertad provisional solicitada con fundamento en el artículo 415.2 del Código de Procedimiento Penal.

Ninguna de las hipótesis anteriores concurre para el presente caso, toda vez que en la solicitud no se indica que se esté tramitando el permiso administrativo de 72 horas, ni se depreca la libertad provisional.

Así las cosas, como la competencia de la Corte en sede de casación aparece limitada a las eventualidades referidas, y al trámite de los incidentes propios del recurso extraordinario, la Sala se abstendrá de efectuar el reconocimiento de pena solicitado por el defensor del procesado Siervo de Jesús Sanabria Pulgarín.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

ABSTENERSE de considerar la solicitud de redención de pena elevada por el defensor del procesado Siervo de Jesús Sanabria Pulgarín.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

HOMICIDIO-Ley 40 de 1993, constitucionalidad/
SECUESTRO/ PENA

El artículo 29 de la citada Ley modificó la pena para el delito de homicidio simple, sin perjuicio de que éste fuera o no conexo con el de secuestro. Vale decir, la ley en referencia, agravó la pena para los delitos de secuestro y homicidio, que consideraba de mayor lesividad a los bienes jurídicos protegidos por el Estado, fueran o no cometidos conjuntamente.

Ello resulta claro de la regulación punitiva que contiene la ley para los casos de concurso y para los casos de delito unitario. Es así como el artículo 1o. de la Ley comentada señala una pena privativa de la libertad de 25 a 40 años y multa de 100 a 500 salarios mínimos mensuales para el delito de secuestro extorsivo, mientras que el numeral 11 del artículo 3o. establece como circunstancia que agrava en ocho a veinte años esa pena, "Cuando por causa o con ocasión del secuestro le sobrevenga a la víctima la muerte o lesiones personales".

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., septiembre nueve (9) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Proceso No. 10145

Aprobado Acta No.136

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 14 de julio de 1994 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual, con aclaración a la de primera instancia, se condena a Mario Durán Yepes a la pena principal de trece años y seis meses de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, como coautor del concurso de delitos de tentativa de homicidio en la persona de Joel Erazo y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal.

En la misma providencia se absuelve a Aldemar de Jesús Pino Hernández por los mismos hechos punibles y se ordena expedir copias para investigar la posible coautoría de Mario Salazar Murillo y el presunto

delito de falso testimonio por parte de Elsa Felishman y Jorge Arbey Arias.

El recurso fue incoado tanto por el Procurador 54 Judicial Penal ante el Tribunal como por el procesado, pero solo aquél lo sustentó con la correspondiente demanda.

Hechos y Actuación Procesal

Refieren los autos que en la ciudad de Cali, barrio Petecuy, el 25 de abril de 1993 el individuo Mario Durán Yepes disparó una pistola "hechiza" o de fabricación artesanal contra Joel Erazo cuando éste caminaba por una vía pública en compañía de su hija, causándole una herida en el lóbulo de la oreja derecha e intentando dispararle repetidamente, lo que se vio frustrado porque el arma dejó de funcionar.

Inició la investigación la Unidad de Fiscalía 113 (fol. 15 cd. ppl.1), ante la cual rindieron indagatoria tanto el ejecutor del disparo, cuya aprehensión se logró gracias a la oportuna intervención ciudadana, como Aldemar Pino Hernández.

Por los delitos de tentativa de homicidio agravado y porte ilegal de arma Durán Yepes fue llamado a juicio, en tanto que Pino Hernández lo fue como autor intelectual del referido delito de homicidio, mediante resolución acusatoria del 8 de octubre de 1993, de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, pues este Despacho confirmó a integridad la providencia calificatoria de la primera instancia. (fols. 185-203 y 159).

Rituada la etapa de la causa, el Juzgado 15 Penal del Circuito de Cali falló absolviendo a Pino Hernández y condenando a Durán Yepes a las penas referidas anteriormente (fols.342-374), que el Tribunal Superior del Distrito confirmó al desatar la apelación de la parte acusada y del Ministerio Público, mediante la sentencia que ha sido recurrida extraordinariamente.

La Demanda

Sostiene el Procurador Judicial demandante, con fundamento en el numeral 1o. del artículo 220 del C. de P.P., que la sentencia es violatoria, en forma directa, de la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 29 de la Ley 40 de 1993 y correlativa falta de aplicación del artículo 323 del C.P., pues aquella ley fue promulgada para reprimir el delito de secuestro y el homicidio conexo y solo derogó al mencionado precepto del C.P. "para los efectos de la misma Ley 40".

En desarrollo del planteamiento cuestiona la declaratoria de exequibilidad impartida por la Corte Constitucional a los artículos 1o. y 28 a 31 de la Ley 40 de 1993, coadyuvando su argumentación con preliminar

referencia a los efectos de la sentencia constitucional y extensa alusión textual a la "aclaración preliminar" de la sentencia constitucional que refuta, en torno a la temática de la unidad de materia, referida a los delitos de secuestro y homicidio. Así mismo, menciona la exposición de motivos presentada en el Congreso de la República, para la Ley 40 de 1993.

Luego analiza la unidad de materia de que habla la Corte Constitucional en su fallo, para admitirla solamente en los casos en que el secuestro va seguido del homicidio de la víctima y comenta que, de no haberla hallado establecida esa Corporación, habría tenido que aplicar el artículo 158 de la C.N. para declarar la inexequibilidad de la ley en mención.

Después de examinar el concepto de la unidad de materia a la luz del artículo 158 de la C.N. dice que:

".. la norma constitucional impone al legislador que en todo proyecto de ley se guarde armonía y unidad de materia, premisa igual para la Corte Constitucional declarar la exequibilidad de los artículos relacionados con el homicidio.

Añade:

"Y si lo anterior se impuso para el legislador, y para la Corte Constitucional, con mayor razón, es imperativo para el Juzgador, la rama judicial, aplicar la Ley para cada caso particular, si las leyes guardan armonía con los hechos investigados. Esto quiere decir, que en el caso del delito de homicidio, para que se sancione conforme a la Ley 40 de 1993, es necesario que el hecho punible esté integrado o conexo al delito de secuestro, única forma para reconocer que la normatividad se refiere "a una misma materia", como lo impone el artículo 158 de la Constitución Nacional. Por consiguiente, es explicable que la Corte Constitucional anote en el Resuelve la exequibilidad de la Ley" en los términos de la presente sentencia.".

A continuación advierte que se legisla de manera general y afirma que "la declaratoria de exequibilidad de una disposición, no impide al funcionario judicial su correcta interpretación para cada caso particular", acudiendo para reforzar su criterio a un textual fragmento de la sentencia 214 de 1994.

Insistiendo en sus puntos de vista señala que como el propósito fundamental de la Ley en referencia es reprimir con más severidad los delitos de secuestro y extorsión, por ello se aprobaron los artículos 11 y 33 de la misma normatividad y que el homicidio solo se incluyó para los casos en que concurra con el secuestro. Agrega que la Ley no tipificó el delito de homicidio porque esta figura ya existía, que solamente hizo referencia a tal delito para los casos de concurso con el secuestro; no subrogó pues los artículos 323 y 324, "sólo le fue posible la modificación de la pena. ".

Agrega:

"Insistir en la aplicación generalizada de la Ley 40 ... de sus artículos 29 y 30, para todos los hechos punibles de homicidio, ajenos a los delitos de secuestro, o extorsión, es desconocer el artículo 158 de la Constitución Nacional y aún más, es hacer el juzgador una adecuación de un hecho atípico en la Ley 40 .. y que sin duda constituye una aplicación indebida de una norma sustantiva penal y dejar de aplicar las que sí corresponden...".

Considera que se trata de una situación idéntica a la suscitada con la expedición del Decreto 180 de 1988, sobre la vigencia paralela de las normas del Código Penal sobre homicidio, y de la Ley 40 de 1993 para cuando éste concurra con secuestro.

Concretándose al caso en estudio dice que el delito de tentativa de homicidio cometido por el acusado fue por total ajeno a un delito de secuestro y en consecuencia, solicita que la Corte case parcialmente la sentencia del Tribunal y dé aplicación a los artículos 323 y 22 del C.P., imponiendo al procesado la pena de cinco años de prisión con el correspondiente incremento por el concurso con el delito contra la seguridad pública.

EL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se aparta del criterio del demandante observando que el artículo 323 del C.P. no quedó normativamente condicionado con la modificación que le hizo la Ley 40 de 1993 a los casos de conexidad con secuestro, además de que en ésta se interrelacionan las transgresiones a los bienes jurídico de la vida y la libertad personal, de donde emerge la unidad de materia que considera dada la Corte Constitucional para declarar exequible dicha ley. En respaldo de su opinión acude al texto de la sentencia constitucional en que se analizó la función de la pena para los aludidos hechos punibles; así mismo, considera que de la "aclaración preliminar" -cuya interpretación por el mismo representante de la sociedad a su vez registra-, plasmada en ese fallo fluye la suficiente claridad sobre el asunto, concluyendo que la censura aducida carece de razón y el cargo de la demanda debe desecharse.

No obstante, al observar el funcionario que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta al procesado sobrepasa el límite legal fijado solicita se case parcialmente la sentencia y se redosifique esa sanción.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

El reparo formulado por el funcionario demandante a la sentencia de segunda instancia radica esencialmente, en que al procesado no se le puede imputar el tipo penal del homicidio previsto en el artículo 29 de la Ley 40 de 1993, porque la tentativa de tal hecho punible en que incurrió no guarda relación con el delito de secuestro: la norma sustantiva llamada entonces a regir el caso lo era el artículo 323 del C.P. y, siendo así, la

pena que le fue impuesta sobrepasa los parámetros autorizados por esta disposición. En suma, como se ve, lo que persigue el censor es que la Corte Suprema de Justicia aplique la excepción de inconstitucionalidad a una norma respecto de la cual la autoridad llamada por antonomasia a proveer al respecto, como lo es la Corte Constitucional, ya lo hizo, en el sentido de declarar exequibles los artículos 29 y 30 de la referida Ley, mediante sentencia con efectos erga omnes y por tanto, de obligatoria observancia para todos los asociados entre ellos, obviamente y en primer término, la autoridad judicial, a la luz del artículo 21 del decreto 2067 de 1991.

En criterio del actor en la Ley no existe unidad de tema entre el delito que se quiso reprimir en ella y el de homicidio cuando éste no guarda conexidad con el secuestro, lo que comportaría la inconstitucionalidad, conforme al artículo 158 de la Carta, que pide a esta Corte en sede casacional declararlas.

Sin embargo, este punto, como lo reconoce el mismo demandante, fue tratado en forma prevalente por la Corte Constitucional en la "aclaración preliminar" consignada en el fallo de exequibilidad C- 565 del 7 de diciembre de 1993, en estos términos:

"Debe la Corte comenzar por dejar claramente establecido que entre los tipos penales a que se refieren las normas demandadas, cuyo aumento de penas corresponde examinar en este estrado, hay la debida unidad de materia. Ella es evidente en su conexidad axiológica, dada por la identidad de bienes jurídicos que el legislador buscó proteger al incriminar el homicidio y el secuestro, la cual en este caso se refleja en el incremento del quantum *de los límites mínimo y máximo de las penas en ambos casos de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, y en su agravación por razón de análogas circunstancias, en cuya virtud se enlazan recíprocamente.*

"En cuanto a lo primero, y según se analizará en detalle más adelante, los delitos de secuestro y homicidio, por igual, lesionan de manera grave los bienes supremos de la vida, la libertad, la dignidad, la familia y la paz, entre otros derechos fundamentales que consagra la Constitución.

"En cuanto a lo segundo, es sabido que por lo general, con el objeto de obtener la utilidad, provecho o finalidad perseguidos, los autores o copartícipes del delito de secuestro presionan la entrega o verificación de lo exigido, con la amenaza de muerte o de lesión de la víctima. Del mismo modo, lamentablemente, las más de las veces a ella le sobrevienen la muerte o lesiones personales por causa o con ocasión del secuestro. De ahí que las circunstancias mencionadas se hayan erigido en causales de agravación punitiva, las primeras del delito de secuestro (artículo 3o., numerales 7o. y 11 de la Ley 40 de 1993) y las segundas del delito de homicidio (artículo 30, numeral 2o., Ibidem).

"Es también sabido que con frecuencia se mata al secuestrado para preparar, facilitar o consumar otro hecho punible, para ocultarlo, asegurar

su producto o impunidad, para sí o para los partícipes." (negrillas fuera de texto).

La presencia de la conexidad axiológica, esto es, de los valores comprometidos en las conductas que reprime la Ley en cita, hace apenas eventual para su aplicación la conexidad fáctico- punible o procesal entre las mismas. Sobre el particular encuentra la Corte plenamente compartible la opinión del señor Procurador Delegado, que a continuación reproduce:

"Son entonces varios los aspectos a los que se refiere dicha aclaración preliminar:

"a) Establece una conexidad axiológica entre los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal, ubicándolos en un mismo plano de importancia y supremacía, dentro del concepto de derechos fundamentales;

"b) Como consecuencia de lo anterior, se admite que puede el legislador imponer un incremento punitivo de mínimos y máximos "en ambos casos", de veinticinco a cuarenta años de prisión, es decir, respecto de los tipos básicos de homicidio y secuestro (arts. 1 y 29 Ley 40/93).

"c) En relación con las causales de agravación de que tratan los numerales 7 y 11 de los arts. 3 y 29 de la citada ley respectivamente, lo que quiere significar la Corte Constitucional, es cómo los bienes jurídicos de la vida y la libertad personal se afectan conjuntamente cuando se amenaza con causarle la muerte al secuestrado a efectos de obtener el provecho ilícito, o sobreviene la muerte o las lesiones personales de aquél, o también cuando se le mata para preparar, facilitar o consumar otro hecho punible. De ahí que justifique que tales circunstancias hayan sido contempladas respectivamente para cada delito como agravantes de la pena.".

El artículo 29 de la citada Ley modificó la pena para el delito de homicidio simple, sin perjuicio de que éste fuera o no conexo con el de secuestro. Vale decir, la ley en referencia, agravó la pena para los delitos de secuestro y homicidio, que consideraba de mayor lesividad a los bienes jurídicos protegidos por el Estado, fueran o no cometidos conjuntamente.

Ello resulta claro de la regulación punitiva que contiene la ley para los casos de concurso y para los casos de delito unitario. Es así como el artículo 1o. de la Ley comentada señala una pena privativa de la libertad de 25 a 40 años y multa de 100 a 500 salarios mínimos mensuales para el delito de secuestro extorsivo, mientras que el numeral 11 del artículo 3o. establece como circunstancia que agrava en ocho a veinte años esa pena, "Cuando por causa o con ocasión del secuestro le sobrevenga a la víctima la muerte o lesiones personales".

De otra parte y en reiteración de la unidad temática de la Ley, en capítulo separado dedicado al tópico de 'Aumento de Penas' armoniza con ella misma el régimen sancionatorio del Código Penal, encontrándose allí

la causa de la agravación de la pena para el delito de homicidio, sin consideración a que sea o no conexo con el de secuestro, lo que denota una vez más la intención del legislador de sustituir el tipo penal del homicidio del C. P. -artículos 323 y 324- por el de la Ley.

Así pues, el reemplazo expreso de la normatividad del Código por la de la Ley en punto a los delitos de secuestro y homicidio excluye tajantemente la hipótesis de la vigencia paralela de esos Estatutos de que habla el actor para reclamar la aplicación de aquél. La derogatoria expresa no permite tal interpretación y a ello se allana la sentencia de exequibilidad tras el examen del texto de la Ley.

Ahora bien, el Decreto 2067 de 1991, artículo 22, inciso 2o. establece que "La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera norma constitucional, así esta no hubiere sido invocada en el curso del proceso", de donde resulta que si los artículos 29 y de la Ley 40 de 1993 transgredieran algún precepto constitucional, para el caso el invocado por el censor, el 158, así lo habría expresado esa Corporación en las ya repetidas ocasiones en que se ha pronunciado sobre demandas contra el mismo Estatuto, distintas de la sentencia en comentario, esto es, las de 23 de febrero de 1994 y 28 de abril de 1994.

En estas condiciones, la violación de la ley sustantiva que pregona el demandante no tuvo ocurrencia como, por lo demás, ya lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte.

De la Casación Parcial Oficiosa

Al procesado le fue impuesta en la sentencia de primera instancia como pena accesoria la de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal, que fue de prisión de trece (13) años y seis (6) meses y el Tribunal confirmó sin objeciones esa determinación en el fallo que ha sido demandado.

Pues bien: reiteradamente, ya en exceso, la Corte ha precisado que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas se rige por los cánones 52 y 44 del C.P., lo que implica que aunque indefectiblemente se impone con la de pérdida de la libertad, su duración no puede sobrepasar el límite de los diez (10) años. La extensión por más allá de este lapso comporta transgresión de la garantía del debido proceso en la forma de ilegalidad de la pena. Se atenderá pues, la sugerencia del Ministerio Público en el sentido de redosificar esa sanción, por vía de la casación oficiosa (artículo 228 y 229-1 del C.P.).

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Justicia en Sala de Casación Penal, acogido el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1o. DESESTIMAR la demanda presentada.

2o. CASAR PARCIAL Y OFICIOSAMENTE la sentencia recurrida, en el sentido de reducir la duración de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas impuesta a Mario Durán Yepes como autor del concurso de delitos de tentativa de homicidio en Joel Erazo y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, a diez (10) años. En lo restante, queda sin modificaciones el fallo.

En firme, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Copiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, No, *Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos Eduardo Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ESTAFA/ FRAUDE PROCESAL/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY

El casacionista denuncia violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 356, 22 y 26 del C. P., por ser atípico el comportamiento por inidoneidad del medio empleado para inducir en error.

Ante todo es preciso manifestar que al estar los dos delitos en concurso, los medios fraudulentos son comunes, pues a través de ellos se indujo en error al funcionario para obtener un pronunciamiento contrario a derecho, con la finalidad última de obtener un provecho ilícito en perjuicio ajeno.

Al ser los medios comunes, los argumentos expuestos por el libelista, sobre su ineptitud en su potencialidad inductora de error, hay que entenderlos, como lo aseveró, no sólo con relación al fraude procesal sino a la estafa.

En la violación directa, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, se acepta la realidad probatoria acogida en el fallo y sus deducciones, siendo el cuestionamiento de puro derecho, requisito que no se cumple en el caso pertinente, así el recurrente haya insistentemente afirmado que se está en presencia de una mera falta de entendimiento de la norma tipificadadora por parte del fallador.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Proceso No. 10311

Aprobado Acta N° 136

VISTOS

Procede la Corte a decidir el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia del 11 de agosto de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá al confirmar

la proferida por el Juzgado Once Penal del Circuito de la misma ciudad, el 9 de mayo de 1994, condenó a Miguel Antonio Barranco García y Alirio Valenzuela Pinzón a las penas principales de 18 meses de prisión y multa de mil pesos cada uno y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal, por los delitos de fraude procesal y estafa, ésta en el grado de tentativa, cometidos en concurso.

Al primero de los mencionados se le condenó también a la pena accesoria de suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado, por el mismo lapso.

Así mismo se les condenó solidariamente al pago de 50 gramos oro por perjuicios materiales.

Contra esta decisión el defensor de Barranco García interpuso el recurso de casación que fue concedido. Presentada la respectiva demanda, se declaró ajustada a las exigencias de ley.

Corrido traslado al Ministerio Público, a través del Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita no casar el fallo impugnado.

Hechos

El abogado Miguel Antonio Barranco García, a sabiendas de que la Empresa Radio Centro y Tele Equipos S.A. había cancelado casi la totalidad de las prestaciones sociales adeudadas al empleado Alirio Valenzuela Pinzón, como consecuencia de la renuncia presentada al cargo, decidió, en connivencia con éste, instaurar demanda laboral por el mismo concepto, el 1° de marzo de 1989.

En el texto del respectivo libelo, no sólo omite dolosamente manifestar que se había llegado previamente a un acuerdo entre las partes, en virtud del cual se habían conciliado las pretensiones discutidas en cuantía de tres millones de pesos, sino que la pretensión principal la radica en que se declare que se había efectuado un despido injusto. Además, señala una dirección que no correspondía como domicilio de la empresa, conociendo la verdadera.

Admitida la demanda por el Juzgado Tercero Laboral de esta ciudad, y ante la no concurrencia de la parte demandada, se procede a emplazarla, luego de lo cual se hizo presente en el proceso oponiéndose a las pretensiones del actor.

La Actuación Procesal

Con base en la denuncia penal que presentara el apoderado de la entidad demanda, José Bak Mazoni, el entonces Juzgado 97 de Instrucción Criminal inició la investigación de los hechos, luego de lo cual escuchó en

indagatoria a Miguel Antonio Barranco García y a Alirio Valenzuela Pinzón y les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Allegadas al instructivo las declaraciones de los empleados que liquidaron las prestaciones a Valenzuela Pinzón, así como los recibos de caja debidamente firmados por éste y copia auténtica del expediente laboral, entre otros, la investigación se clausuró, calificándosela mediante providencia del 22 de diciembre de 1992 con resolución de acusación por los delitos de fraude procesal y estafa agravada en el grado de tentativa.

Apelada tal decisión por la defensa, fue confirmada el 30 de abril de 1993.

El Juzgado Once Penal del Circuito de esta ciudad asumió el conocimiento del juicio, celebró la audiencia pública y profirió sentencia, el 9 de mayo de 1994, en la que condenó a los procesados, como coautores responsables de los delitos por los que se les acusó.

El Tribunal, al conocer de la mencionada providencia en virtud de la apelación interpuesta por los defensores, la confirmó en su integridad.

La Demanda

Con fundamento en el cuerpo primero de la causal primera de casación, el demandante formula un único cargo contra la sentencia del Tribunal, al considerarla violatoria en forma directa de la ley sustancial por "indebida aplicación que en ella se hace de los artículos 182, 356, 22 y 26 del Código Penal".

El censor critica que el fallador hubiera adecuado el comportamiento imputado a Barranco García en los tipos de fraude procesal y estafa, sin que los medios empleados fueran idóneos para afectar el respectivo bien jurídico, actitud que se debe considerar en sí misma, independientemente del propósito con que aquella utilización se vea acompañada. Tal idoneidad, en cuanto a los medios y al efecto inductor "no puede reducirse a una pura verificación mecánica de cualquier informalidad, imprecisión o disconformidad en una actuación judicial o administrativa vinculada con el pronunciamiento del funcionario", pues dada la complejidad de las actuaciones judiciales o administrativas se requiere un alto nivel de valoración de las irregularidades para poder establecer su potencialidad inductora de error en el funcionario y, por lo mismo, la existencia o inexistencia de la tipicidad del hecho.

Los falladores tuvieron un mal entendimiento sobre la configuración de los tipos penales de fraude procesal y estafa, lo que los llevó a catalogar la demanda presentada por el abogado Miguel Antonio Barranco García, como medio fraudulento propio de la exigencia prevista por el tipo de fraude procesal. De no haber mediado dicha indebida comprensión sobre la

formulación legal del hecho punible, se habría entendido que la demanda postulada correspondía al ejercicio del derecho de acción. No se entendió que se estaba frente a un proceso declarativo de conocimiento, caracterizado por ser la pretensión incierta y discutida, de suerte que el acto introductorio de expresar la pretensión, persigue darle certeza al hecho discutido, lo cual no conlleva inexorablemente a su reconocimiento.

Si el medio, discurre el libelista, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción a cuyo ejercicio corresponde y el proceso a que dió lugar, no puede ser reputado fraudulento, mal puede sostenerse que fuera idóneo para inducir en error al funcionario. Si se trataba de un proceso cuya característica básica es la de que los derechos en él discutidos tengan carácter incierto, buscándose con su trámite acreditarlos y darles certeza, los pronunciamientos que en su desarrollo se adopten no pueden tener la connotación de ser contrarios a derecho.

Los pronunciamientos que se hicieron antes de que la demanda se tornara legítima, según la sentencia, fueron de impulso y no decisorios, refiriéndose el tipo sólo a estos últimos, y, además, no fueron inducidos por el contenido de la demanda, sino que debían llevarse a cabo en esa clase de proceso. Si se les tomó como típicos en la sentencia acusada, ello obedece a la incomprensión que del precepto, abstractamente, posee el fallador.

En relación con el punible de estafa, sostiene que el sentenciador incurre en idéntico yerro y, por ende, respecto de él también viola la ley sustancial, por cuanto en términos de integración del concurso con el fraude procesal, los medios son comunes, de manera que si a través de ellos "se induce en error al funcionario para que en pronunciamiento contrario a derecho trascienda en su efecto comprometiendo el patrimonio económico de una persona", al ser inidóneos en su capacidad inductora de error con respecto al primer hecho punible, lo serán, igualmente, para el segundo. Esto es, que el error sobre la idoneidad de los medios, determinante de la violación de la ley sustancial en uno de los reatos, lo es, así mismo, con referencia al otro.

Arguye, también, que la intervención del demandado al notificarse de la demanda y oponerse a las pretensiones del actor en el proceso laboral, que se tomó por las instancias como la causa ajena a la voluntad que impidió la consumación del hecho, no es sino una "refrendación" de la ineficacia de los medios para inducir en error al juez y lograr no sólo un acto contrario a la ley sino afectación patrimonial en el sujeto pasivo de la estafa.

Concluye que la sentencia es violatoria de la ley sustancial por vía directa por aplicación indebida de los tipos de fraude procesal y tentativa de estafa, en concurso, como consecuencia de haber hecho coincidir con

su descripción comportamientos atípicos, por lo que debe ser casada para absolver al procesado.

ALEGATO DEL NO RECURRENTE

El defensor de Alirio Valenzuela Pinzón descarga en su escrito toda la responsabilidad en el abogado Barranco García, por cuanto sostiene que la maquinación artificiosa que se tradujo en la presentación de la demanda laboral de prestación de servicios, fue el resultado de los ya comprobados antecedentes del mencionado profesional y que, además, la calidad de lego en derecho de su cliente lo colocó en desventaja frente al verdadero perpetrador del delito.

Seguidamente, pone de manifiesto su inconformidad con relación a los fallos de instancia, en la medida que se desconoció el poder que otorgó el procesado Valenzuela Pinzón, del que se desprende que su propósito no fue el de demandar su despido injusto, sino reclamar el saldo no cancelado de las prestaciones sociales.

CONCEPTO DEL PROCURADOR SEGUNDO DELEGADO EN LO PENAL

Estima el Delegado que el cargo formulado contra la sentencia del Tribunal, no obstante el formal acatamiento a los principios básicos que rigen este excepcional recurso, no está llamado a prosperar por la manifiesta inconsistencia conceptual del planteamiento.

En primer lugar, encuentra incoherente que se acuse un yerro sobre la selección de la norma, al unísono con el argumento de la atipicidad absoluta de la conducta, en cuanto lo primero supone la existencia de un precepto aplicable al caso y lo segundo, su absoluta ausencia.

Por otra parte, el demandante desconoce que el delito de fraude procesal, a que hace referencia el artículo 182 del C.P. y que se reitera en las mismas decisiones jurisprudenciales que trae a colación, es de los denominados de mera conducta y no de resultado, considerándose perfecto cuando se realiza el comportamiento discutido en el verbo rector que es "inducir" y no obtener, de ahí que su consumación, para este caso, se predique en el momento en que se presentó la demanda mentirosa y falaz, bastando ello para constituirse en el medio artificioso y engañoso que reclama la disposición sancionadora como lesivo a la administración de justicia.

Tampoco hace falta que se dicte una sentencia para que se estructure el delito de fraude procesal, como se reclama en el libelo, pues ello implica otorgarle al tipo penal un alcance que no posee.

Por último, deja en claro el Delegado que no es por la presentación de la demanda laboral por lo que puede predicarse la comisión de un delito,

sino por acceder a la administración de justicia anteponiendo la mentira y el engaño, y sobre estos postulados pretender la resolución de los derechos litigiosos.

Finaliza el Ministerio Público solicitando a la Sala no casar el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dado el tiempo transcurrido desde cuando quedó en firme la resolución de acusación (30 de abril de 1993), es necesario, ante todo, establecer si la acción penal se encuentra o no vigente frente a los punibles que fueron materia de juzgamiento, a saber, fraude procesal y estafa.

Con respecto al primer reato es preciso que la Sala declare que la acción penal se extinguió por prescripción, a partir del 30 de abril de 1998, y que se disponga la cesación de la actuación procesal.

En efecto, el máximo de pena fijado para ese delito, por el artículo 182 del C. P., es de 5 años, lo que significa que el lapso de prescripción de la acción penal, contado a partir de la ejecutoria del pliego acusatorio, es de 5 años, al tenor del inciso 2° del artículo 84 del C. P, que ya transcurrieron.

Como consecuencia de lo anterior se declarará que la acción, exclusivamente en lo atinente con el reato de fraude procesal, se ha extinguido por prescripción, por lo que se dispondrá la cesación del procedimiento, no sólo en favor del demandante en casación, Miguel Antonio Barranco García, sino del otro acusado, Alirio Valenzuela Pinzón, puesto que la impugnación del primero difirió la ejecutoria de la sentencia para ambos, pues ésta es una y no hay ejecutorias parciales o fragmentarias, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala.

Por las razones anteriores, la Corte sólo se ocupará de revisar la legalidad del fallo en lo tocante con el punible de estafa.

Cargo único

El casacionista denuncia violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 356, 22 y 26 del C. P., por ser atípico el comportamiento por inidoneidad del medio empleado para inducir en error.

Ante todo es preciso manifestar que al estar los dos delitos en concurso, los medios fraudulentos son comunes, pues a través de ellos se indujo en error al funcionario para obtener un pronunciamiento contrario a derecho, con la finalidad última de obtener un provecho ilícito en perjuicio ajeno.

Al ser los medios comunes, los argumentos expuestos por el libelista, sobre su ineptitud en su potencialidad inductora de error, hay que entenderlos, como lo aseveró, no sólo con relación al fraude procesal sino a la estafa.

Por otra parte, aunque el censor arguye violación directa de la ley sustancial, irrumpe por los linderos de la indirecta, pues del desarrollo del cargo se deduce que lo que le reprocha al juzgador es haber inferido que una demanda laboral mentirosa -que tiene el carácter de prueba documental- es un medio fraudulento capaz de inducir en error al juez laboral y que, por el contrario, ha debido valorar esa deformación de la verdad como una simple imprecisión o informalidad sin aptitud para provocar el error.

En la violación directa, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, se acepta la realidad probatoria acogida en el fallo y sus deducciones, siendo el cuestionamiento de puro derecho, requisito que no se cumple en el caso pertinente, así el recurrente haya insistentemente afirmado que se está en presencia de una mera falta de entendimiento de la norma tipificadadora por parte del fallador.

No obstante este desatino, del desarrollo de la censura se infiere que lo pretendido es que la conducta es atípica, por inidoneidad de la misma, al no haber sido, en este caso, la demanda laboral un medio fraudulento con capacidad para inducir en error al funcionario, siendo las mentiras contenidas en ella simples "imprecisiones" o "informalidades".

Al respecto la Sala observa que frente a realidades tan contundentes, como la de afirmar falazmente en el citado libelo que se había producido un despido injusto y ocultar que se había llegado a un acuerdo, conciliando las pretensiones discutidas en tres millones de pesos, que se habían pagado casi en su totalidad y, además, suministrar como domicilio de la empresa demandada una dirección falsa, cuando se conocía la verdadera, hubiera resultado ostensiblemente desconocedor de los principios de la lógica y la experiencia que el sentenciador hubiera concluido que esas mentiras no eran un medio engañoso y fraudulento capaz de inducir en error al juez laboral.

En otros términos, la conclusión del sentenciador está ceñida a la lógica y el sentido común y hubiera constituido una verdadera tergiversación del contenido de un elemento de prueba de carácter documental, como lo es la demanda laboral, haber valorado las falacias y el intencionado ocultamiento de hechos que tenían incidencia definitiva en la decisión judicial pretendida, como simples "informalidades" o "imprecisiones", como lo pretende el recurrente.

Así mismo, el desarrollo del cargo se quedó a mitad de camino, pues el demandante no demostró cómo esas "informalidades" o "imprecisiones", en tratándose "de un proceso declarativo de conocimiento, caracterizado por ser la pretensión incierta y discutida", según lo argumenta, no pueden ser reputadas como medio fraudulento, en oposición a lo afirmado por las instancias, en fallo amparado por la doble presunción de acierto y legali-

dad, ni por qué carecían de potencialidad inductora en error, en el caso concreto, limitándose a hacer afirmaciones que son válidas en abstracto, como cuando dice que la acción corresponde a una facultad y que se ejerce sin consideración a la titularidad del derecho material reclamado, pudiendo ser desfavorable la sentencia al demandante, bien por falta de derecho material o porque teniéndolo no lo pudo demostrar, sin que ello implique que se indujo en error al servidor público encargado de administrar justicia.

Ningún reparo merece esta aseveración, válida para cualquier proceso, incluido el que ocupa la atención de la Sala, pero lo que inadvierte el casacionista es que al señor Barranco no se le reprocha haber accionado laboralmente, si consideraba que el arreglo concertado entre la empresa y Alirio Valenzuela no era satisfactorio, sino haber ocultado, dolosamente, parte de la verdad y falseado otra, con la finalidad última de lograr un provecho patrimonial ilícito en perjuicio ajeno.

Finalmente, en cuanto a la afirmación del libelista en el sentido de que la intervención del demandado al notificarse de la demanda laboral y oponerse a sus pretensiones es muestra de la ineficacia de los medios para inducir en error al juez, la Sala precisa que tal comparencia, que se logró mediante el emplazamiento, carecía totalmente de entidad para legitimar el engaño cometido.

Al respecto ha dicho la Sala:

"No hay razón valedera para omitir ningún dato conocido por la parte actora, ni se puede pensar que porque exista la posibilidad de oponerse a las pretensiones contenidas en el libelo, mediante el trámite del incidente de excepciones, se puedan reservar hechos, para ser puestos en conocimiento en el momento que resulte más conveniente a los sujetos procesales, o esperar a que sean descubiertos o comprobados por el funcionario judicial, y que ello legitime la conducta...". (Casación N° 11.776, septiembre 2/98, M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar).

Por las razones expuestas, el cargo no prospera.

Como consecuencia de la declaratoria de prescripción es necesario ajustar la pena.

Al respecto el Juzgado Once Penal del Circuito de Bogotá, en decisión confirmada íntegramente por el Tribunal Superior de la misma ciudad, les impuso un año de prisión por el punible de fraude procesal que incrementó en seis meses por la estafa y, además, por este mismo reato les impuso multa de mil pesos. Así mismo, los condenó a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal y al abogado Barranco García a la sanción accesoria de suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado, por igual término.

Como el punible que sirvió de base para la tasación ha desaparecido, debe entrar la Sala a redosificar la pena que por el sólo delito de estafa, en el grado de tentativa, les corresponde a los procesados.

La Sala, teniendo en cuenta la gravedad y modalidades del hecho punible, pues se utilizó a la administración de justicia como instrumento para atentar contra el patrimonio ajeno, no partirá del mínimo de que trata el artículo 356 del C. P, sino de 18 meses, que se aumentarán en una tercera parte por razón de la agravante del numeral 1° del artículo 372, ejusdem, para un total de 24 meses, que se reducirán a la mitad, por tratarse de una tentativa, para una pena a imponer de 12 meses.

En el mismo lapso quedará la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas para ambos procesados y la de suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado para Miguel Barranco García.

La pena de multa quedará en mil trescientos pesos.

Son suficientes las consideraciones precedentes para que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVA:

PRIMERO: Declarar que la acción penal se ha extinguido por prescripción respecto del delito de fraude procesal, por lo que en lo referente a tal infracción se dispone la cesación de toda actuación procesal en contra de los procesados Miguel Antonio Barranco García y Alirio Valenzuela Pinzón.

SEGUNDO: Desestimar la demanda de casación y, por lo tanto, no casar el fallo recurrido.

TERCERO: Imponer a Miguel Antonio Barranco García y Alirio Valenzuela Pinzón la pena principal de 12 meses de prisión y mil trescientos pesos de multa, como coautores del punible de estafa, en el grado de tentativa.

CUARTO: Imponer a ambos procesados la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 12 meses y a Miguel Barranco García la accesoria de suspensión en el ejercicio de la profesión por el mismo lapso.

En lo demás, el fallo impugnado no sufre modificación.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase a la oficina de origen.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Ricardo Calvete Rangel, No; *Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo,*

Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, William Morroy Victoria, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

NULIDAD / PERJUICIOS

Si la calificación dada por el juzgador fue errada, como lo pregona el casacionista a lo largo de su libelo, el remedio en sede de casación no estaría en la causal aducida -la primera- sino en la tercera, pues la falencia que la origina dicta de nulidad todo lo actuado a partir de la misma resolución calificatoria.

Modificando expresamente la jurisprudencia anterior, mediante fallo del 30 de julio de 1996 (acta 109 de julio 24), con ponencia del Magistrado Ricardo Calvete Rangel, se dijo:

"Sobre este tema la Sala expresó en providencia de noviembre 25 de 1993, que cuando el delito cumple con el requisito de la pena exigido para que sea procedente el recurso de casación, "el censor podrá atacar la sentencia en los aspectos que a bien tenga, incluidos los perjuicios", criterio que aquí se recoge, pues si bien el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal establece que cuando el recurso tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia, se podrá admitir sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos, ello no significa que también opera al contrario, esto es, que el cumplir con el requisito de la pena releve de la necesidad de que para impugnar los perjuicios se cumpla la exigencia de la cuantía requerida en materia de casación civil, y la invocación de sus causales."

Y más adelante precisa el mismo fallo:

"c) Si el censor pretende formular cargos contra la sentencia respecto del tema penal, y también en materia exclusivamente de indemnización de perjuicios, como es el caso que nos ocupa, puede hacerlo en la demanda en capítulos separados, pero respecto de cada uno de los tópicos que pretende cuestionar se deben reunir sus respectivos requisitos, es decir, para lo primero la pena máxima prevista, y para lo segundo la cuantía que en ese momento se exija en casación civil".

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., septiembre nueve de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 10516

Aprobado Acta No. 136

VISTOS

Se decide el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Isidro Silva Torres, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, mediante la cual confirmó la proferida en primera instancia por el Juzgado 67 Penal del Circuito de la misma capital, por cuyo medio se condena al acusado a la pena principal de 22 meses y 20 días de prisión y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término, por haberlo hallado responsable del delito de hurto agravado.

HECHOS

En la sentencia recurrida los sintetizó así el Tribunal:

"El señor Jaime Eduardo Vásquez Rubio en su calidad de subgerente de la empresa Servicio Andino Limitada, formuló denuncia en la que manifiesta que el día anterior, esto es el 15 de agosto de 1990, el contador de la compañía hizo algunas verificaciones en la caja referente a unas órdenes de preparación de vehículos que se encontraban a cargo del señor Isidro Silva, por cuanto dichas órdenes llevaban bastante tiempo y no habían sido reportadas como canceladas. Al realizar el arqueo se establecieron faltantes de dinero en varias órdenes de reparación, citando al efecto un número de 25 facturas. El contador Conrado Osorio increpó al cajero sobre el faltante, que asciende a dos millones quinientos mil pesos, obteniendo como respuesta que había retirado el dinero a título de préstamo, lo que se le contradijo manifestándole que era "un simple robo a la Compañía" y que Silva luego de reconocer el delito procedió a firmar un documento autorizando retener sus prestaciones y suscribiendo cinco letras de trescientos mil pesos cada una, para cubrir el monto del faltante".

ACTUACION PROCESAL

Con base en la anterior denuncia el Juzgado 28 de Instrucción Criminal con sede en Santa Fe de Bogotá decretó la apertura formal de la investigación y vinculó mediante indagatoria a Isidro Silva Torres, a quien al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía 209 Delegada de la Unidad 9ª de Patrimonio de este Distrito Capital le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención, por el delito de hurto.

Perfeccionada y clausurada la investigación, se calificó su mérito con resolución de acusación por el injusto de hurto con las circunstancias de agravación consagradas en los artículos 351-2 y 372 del Código Penal. Al

revisar por apelación esta decisión el 17 de febrero de 1994, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca la confirmó en su integridad, adicionándola en el sentido de estimar la comisión del punible en la modalidad concursal descrita en el artículo 26 del mismo estatuto punitivo.

Cumplida la etapa de la causa, el Juzgado 67 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá profirió sentencia condenatoria en contra de Isidro Silva Torres imponiéndole la pena principal de 22 meses y 20 días de prisión como autor responsable del delito de hurto agravado, en los términos imputados en la resolución acusatoria de segunda instancia, la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, y le concedió el subrogado de la condena de ejecución condicional.

El 2 de diciembre de 1994, en sede de apelación, el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, impartió confirmación integral a la sentencia de primer grado, con la adición de "condenar al procesado a pagar como perjuicios materiales el equivalente a doscientos cuarenta y tres (243) gramos oro, a favor de Servicio Andino Limitada, en un término de seis (6) meses".

La Demanda

Tres cargos formula el casacionista contra la sentencia de segundo grado, dos por la causal primera y otro más por la tercera.

Primer Cargo

La sentencia es violatoria en forma indirecta de normas de derecho sustancial, por la apreciación errónea del testimonio del denunciante Jaime Eduardo Vásquez Rubio, toda vez que el fallador le dio a este medio probatorio "un alcance objetivo que no tiene, un sentido que no responde a su contenido fáctico, pues lo tomó en cuenta junto con varias órdenes de reparaciones de vehículos para concluir que la conducta atribuida al señor Isidro Torres tipificó el delito de hurto, cuando tales elementos de juicio indican claramente que se trató del delito de abuso de confianza".

En la fundamentación del reproche el actor transcribe un fragmento de la declaración de Jaime Eduardo Vásquez Rubio para resaltar que el procesado tuvo en su poder las facturas de cobro durante los meses de marzo, abril y mayo de 1990, y el arqueo de caja sólo vino a hacerse el 15 de agosto del mismo año por parte de la empresa afectada.

Esta prolongada conservación de las facturas en poder del acusado, así como la falta de vigilancia y control de parte de la entidad sobre los dineros y documentos al cuidado del cajero Silva Torres, dice el casacionista, constituyen una tenencia fiduciaria que se erige como postulado esencial para tipificar el delito de abuso de confianza y nó el de hurto agravado

como fue la calificación dada a la conducta por la Fiscalía General de la Nación y confirmada por los juzgadores de instancia.

La equivocada valoración del testimonio en mención, radica para el recurrente en el hecho de no haber tenido en cuenta el Tribunal la manifestación allí contenida sobre la permanencia de los documentos en poder del acusado durante varios meses, lo que legalmente implicaba una tenencia con disponibilidad jurídica sobre los mismos, elemento sustancial del abuso de confianza desconocido por los juzgadores, cuya consideración ahora reclama.

Segundo Cargo

Lo hace consistir el libelista en la "violación indirecta de normas de derecho sustancial por apreciación errónea de las órdenes de reparación de vehículos automotores Nos. 46554, 46526, 46820, 47020, 7206 y 7213, visibles en los folios 38, 39, 48 y 53 a 55".

La fundamentación de este reproche en nada difiere de la anterior, y como normas sustanciales que por igual fueron violadas en ambos casos cita los artículos 349, 351 numeral 2°, 26 y 372-1 del Código Penal, porque el tribunal en el fallo "equivocadamente tomó en cuenta las órdenes de reparación de vehículos automotores ya reseñadas y junto con el testimonio del denunciante señor Jaime Eduardo Vásquez Rubio, concluyó que la conducta atribuida a Isidro Silva Torres en su condición de Cajero único de Servicio Andino Ltda., tipificó el concurso homogéneo de hurto", cuando a juicio del impugnante dichas probanzas conducen a demostrar es la existencia de un delito de abuso de confianza.

Tercer Cargo

Considera el recurrente que el fallo de segunda instancia se profirió "con quebrantamiento del debido proceso", porque el Tribunal no podía adicionar la sentencia de primer grado en el sentido de imponer al procesado la obligación de pagar la cantidad de 243 gramos oro en favor de la empresa defraudada por concepto de indemnización del daño material causado.

Si el *a quo* omitió la condenación en perjuicios, dice el actor, el Tribunal no podía pronunciarse al respecto declarando la obligación, porque conforme a lo preceptuado en el artículo 217 del C. de P. P. le estaba vedado ocuparse de aspectos diferentes a los que eran objeto de la impugnación, con mayor razón si el procesado era apelante único.

Para el libelista el argumento del *ad quem* en el sentido de que "la sentencia de primera instancia fue incompleta al no pronunciarse el Juez sobre los perjuicios, cuando las penas deben ser aplicadas integralmente y no de manera parcial", quebranta el debido proceso por desconocimiento de los artículos 217 del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Constitu-

ción Política, que contienen prescripciones exceptivas contrarias a las aplicadas por el sentenciador.

En el petitum el demandante solicita a la Corte que, con fundamento en los cargos por la causal primera, case el fallo recurrido y en su lugar profiera uno de carácter absolutorio en favor de Isidro Silva Torres. Y de prosperar la censura fundada en la causal tercera, lo esperado es la declaratoria de nulidad del numeral primero de la sentencia impugnada, mediante la cual se le condenó al pago de los perjuicios causados con la infracción.

CONCEPTO DEL PROCURADOR

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere no casar la sentencia recurrida, con apoyo en las siguientes razones:

Al considerar que los dos cargos formulados por el censor al amparo de la causal primera presentan idéntico contenido argumentativo, los examina conjuntamente para concluir solicitando su rechazo, pues es su criterio que la demanda adolece de insalvables yerros técnicos.

Es así como afirma que al invocar el casacionista la violación indirecta de la ley sustancial por errónea interpretación del testimonio del denunciante y de los documentos contentivos de los pagos cancelados y apropiados por el procesado, le era inexcusable probar la existencia de los yerros tanto como demostrar que sin ellos otra hubiera sido la suerte del procesado, porque de lo contrario, "como sucede con los dos primeros motivos de casación propuestos, se quedan sus argumentos en el mero enunciado, sin fundamentar el reproche".

De otro lado, como los argumentos del censor estuvieron orientados a probar la existencia de un error en la denominación jurídica del hecho punible por el cual se juzgó a Isidro Silva Torres, porque a su juicio éste no incurrió en el delito de hurto agravado por la confianza sino en el de abuso de confianza, es equivocada la vía escogida para su formulación, toda vez que un reproche de esta naturaleza debe presentarse por el camino de la causal tercera de casación y no por el de la primera, como lo planteó el libelista, "así entonces, precisa el Ministerio Público, resulta inapropiado, en esta extraordinaria sede de casación, plantear mixturas de violación indirecta de la ley sustancial, y errónea calificación, al interior de un mismo cargo, por cuanto tales mixtiones inapropiadas (absolución -para el caso del error de hecho-, nulidad -para el caso de la errónea calificación-) se toman contradictorias".

En cuanto se relaciona con el cargo por la causal tercera, con apoyo en doctrina de esta Sala, el Agente del Ministerio Público afirma que "tal reproche, por su misma naturaleza, conduce indefectiblemente a la improsperidad, en la medida que el perjuicio comporta consecuencia de

índole civil -que no penal- generada en el delito cual es la obligación de indemnizar. Por ello hacer su tasación o hacer ajustes cuánticos a la condena de conformidad con los parámetros legales, no comporta exceso en las facultades del superior ni desconocimiento de los parámetros reglamentados del artículo 217 del Código adjetivo, cuando el inferior omite fijarla".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Causal primera de casación

Como en la formulación de los dos primeros cargos por violación indirecta de la ley sustancial el actor acude a comunes argumentos para censurar los presupuestos probatorios del fallo, invocando aparentemente una misma modalidad de error, es procedente el estudio conjunto de los mismos.

Mucho es lo que ha insistido la jurisprudencia acerca de las exigencias de lógica y precisión inherentes a este extraordinario recurso, por cuya virtud no puede ser sustentado, como aquí ocurre, con una alegación libre y propia de las instancias ya superadas.

En este sentido, caben las siguientes glosas al libelo:

1. Cuando el actor formula los cargos como violación indirecta de la ley sustancial "por apreciación errónea del testimonio del denunciante señor Jaime Eduardo Vásquez Rubio" -el primero- y "apreciación errónea de las órdenes de reparación números 46554, 46526, 46820, 7206 y 7213" -el segundo-, omite señalar si la disfuncionalidad se presenta por haber incurrido en aquella labor el Tribunal en errores de hecho o de derecho, esto es, por haber fundado su raciocinio acerca de tales pruebas en falsos juicios de existencia o de identidad, en el primer evento, o en falsos juicios de legalidad o de convicción, en la segunda hipótesis, advirtiéndose en este caso que es prácticamente imposible la configuración de la última modalidad del error de derecho en tratándose de pruebas no sometidas en su estimación a una tarifa previamente establecida por el legislador.

Empero, si excusando como no es debido en esta sede las prohibiciones del principio de limitación que rige el extraordinario recurso, se llegare a deducir de la demanda que lo pretendido es la postulación de errores de hecho en la apreciación de dichas pruebas a consecuencia de falsos juicios de identidad, al seleccionar esta vía, lo menos que se podía esperar del casacionista era que concretara con su debida demostración las equivocaciones fácticas del sentenciador, sin olvidar su trascendencia en el fallo; mas nada de ello intenta porque su discurso se dedica simplemente a discutir la valoración que del haz probatorio hizo aquél, soslayando poner de manifiesto que en la sentencia atacada se hubiese incurrido en algún yerro con respecto a la apreciación del testimonio de Jaime Eduardo

Vásquez Rubio y de los documentos que soportaban la cancelación de los pagos efectuados por los clientes de la empresa, de cuyos valores se apropió el procesado, ya sea porque el sentenciador mutilara o tergiversara el contenido fáctico de tales medios de convicción o bien porque hubiera desconocido las reglas de la lógica, de las ciencias o de la experiencia en el análisis crítico de dichas probanzas.

Es que deducir del testimonio del denunciante Jaime Eduardo Vásquez Rubio, cuando indica que el acusado mantuvo bajo su poder por varios meses las facturas que fueron oportunamente canceladas, así como del doloso ocultamiento de tales documentos, "una tenencia fiduciaria", como lo hace el censor, para sobre esta base construir la hipótesis del abuso de confianza y presentar como un error la consideración del hurto que hizo el Tribunal, no pasa de ser una gratuita e inmotivada presunción, constitutiva apenas de una particularísima interpretación de los hechos, que deja de lado la denuncia y comprobación de algún yerro fáctico -siendo esta la vía escogida por el actor para derrumbar la sentencia cuestionada, para en su lugar oponer la propia valoración de tales medios de prueba en perjuicio de la razonada y más autorizada apreciación que de los mismos hizo el fallador, desviando en esta forma la demanda de casación a los fines que son propios de un alegato de instancia.

2. Aparte de las protuberantes fallas que se acaban de destacar, hay otra inconsistencia técnica de la demanda, en punto a estos dos primeros cargos, que la deja sin posibilidad de éxito.

En efecto, si se repara la argumentación presentada por el libelista en los dos reproches formulados a la sentencia bajo el ámbito de la causal primera de casación, se verá que va encaminada a discutir un supuesto error del sentenciador que lo llevó a una equivocada calificación jurídica de la conducta del procesado.

Es que como el censor no plantea la atipicidad absoluta del hecho que describe la apropiación indebida del acusado de los dineros de la empresa Servicio Andino Ltda., sino que afirma ser constitutiva esa conducta no de hurto agravado en los términos del artículo 351-2 del C. Penal, sino de abuso de confianza, resulta apenas obvio que de prosperar la casación no se podría acudir al fallo de sustitución propio de la causal invocada -la primera- toda vez que al proceder a cambiar la condena de hurto por la de abuso de confianza se estaría profiriendo un fallo en desacuerdo con la resolución de acusación, dando pábulo al segundo motivo de casación (artículo 220-2 del C. de P.P.).

Por manera que si la calificación dada por el juzgador fue errada, como lo pregona el casacionista a lo largo de su libelo, el remedio en sede de casación no estaría en la causal aducida -la primera- sino en la tercera, pues la falencia que la origina vicia de nulidad todo lo actuado a partir de la misma resolución calificatoria.

Con todo, no encuentra la Corte que se haya hecho una equivocada calificación que auspicie la sanción oficiosa de nulidad, pues bien resaltó el sentenciador que dentro de las funciones asignadas al procesado Silva Torres estaba la de recibir el pago de las facturas y hacer el mismo día un arqueo de las cantidades recolectadas con miras a la entrega del recaudo al contador de la empresa para los fines fiscales subsiguientes, lo que implicaba para él el recibo del dinero a un título no traslaticio de dominio y por consiguiente sin disponibilidad jurídica sobre el mismo, todo lo cual dejaba bien clara la tipicidad del punible de hurto agravado.

Los cargos deben desestimarse.

Causal tercera de casación.

Invocando la violación directa de los artículos 29 de la Constitución Política y 217 del C. de P. Penal, el casacionista plantea un motivo de nulidad, originado en el hecho de que la sentencia de primer grado sólo fue apelada por la defensa, lo que dejaba al Tribunal sin competencia para condenar al procesado al pago de los perjuicios en favor de la empresa afectada, tanto más cuando ello no constituía el tema del recurso.

Así mismo, consciente de que por estar relacionado el cargo exclusivamente con la indemnización de perjuicios su formulación debía hacerse conforme a las normas que regulan la casación en materia civil, para soslayar este mandato del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, el demandante manifestó que se acogía a la regulación penal porque la impugnación de la condena en perjuicios "no es objeto único del recurso, ya que también anuncié y sustenté a través de dos cargos la causal primera de casación".

Lamentablemente, el alcance que el casacionista da al artículo 221 del Código de Procedimiento Penal está en abierta contradicción con la reciente interpretación que a dicho precepto le ha dado la Corte, cuando el ataque de la demanda es mixto, esto es cuando comprende censuras contra la sentencia por aspectos penales y también civiles, en sendos cargos autónomos.

En efecto, modificando expresamente la jurisprudencia anterior, mediante fallo del 30 de julio de 1996 (acta 109 de julio 24), con ponencia del Magistrado Ricardo Calvete Rangel, se dijo:

"Sobre este tema la Sala expresó en providencia de noviembre 25 de 1993, que cuando el delito cumple con el requisito de la pena exigido para que sea procedente el recurso de casación, "el censor podrá atacar la sentencia en los aspectos que a bien tenga, incluidos los perjuicios", criterio que aquí se recoge, pues si bien el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal establece que cuando el recurso tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia, se podrá admitir sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos, ello

no significa que también opera al contrario, esto es, que el cumplir con el requisito de la pena releve de la necesidad de que para impugnar los perjuicios se cumpla la exigencia de la cuantía requerida en materia de casación civil, y la invocación de sus causales."

Y más adelante precisa el mismo fallo:

"c) Si el censor pretende formular cargos contra la sentencia respecto del tema penal, y también en materia exclusivamente de indemnización de perjuicios, como es el caso que nos ocupa, puede hacerlo en la demanda en capítulos separados, pero respecto de cada uno de los tópicos que pretende cuestionar se deben reunir sus respectivos requisitos, es decir, para lo primero la pena máxima prevista, y para lo segundo la cuantía que en ese momento se exija en casación civil".

Esta es, exactamente, la situación planteada en la demanda que se estudia, pues si bien los dos primeros cargos están referidos a temas penales, el tercero toca exclusivamente con la condena en perjuicios, lo que imponía la necesidad de fundamentar el reproche en las causales de la casación civil y con observancia de la cuantía que allí se establece para acceder al recurso extraordinario.

Ahora bien, como la condena en perjuicios que reprocha la demanda se hizo en cuantía "equivalente a doscientos cuarenta y tres (243) gramos oro", y éste al momento de la impugnación (enero de 1995) se cotizaba a $10.996.24, es obvio que el monto de la pretensión ($2'672.086.32) está muy por debajo de lo que a la sazón era la cuantía para tener acceso al recurso de casación civil, pues ésta se hallaba fijada en $27'440.000.oo.

Lo anterior deja sin interés para recurrir al demandante en cuanto se relaciona con este cargo, razón más que suficiente para que la Sala desestime lo pertinente del libelo sin otras consideraciones.

En mérito a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, no firmó; *Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir

En tratándose de sentencia anticipada, conforme con lo regulado en el ordinal 4° del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, tanto el procesado como su defensor sólo tienen interés para recurrir aquellos aspectos que dicen relación con la dosificación de la pena, el subrogado penal de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá D. C., septiembre catorce de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 13649

Aprobado Acta No. 135 (septiembre 8 de 1998)

VISTOS

De conformidad con lo preceptuado en los artículos 225 y 226 del Estatuto Procesal Penal, procede la Corte a examinar preliminarmente el aspecto formal de la demanda de casación presentada por el defensor convencional de los acusados Pastor Jiménez Heredia, Paulino Osorio Torres y Oliverio Díaz, contra el fallo de condena del Tribunal Nacional que confirmó con modificaciones el de un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Con el cometido de privar ilícitamente de la libertad a Evangelista González Pantoja, propietario de la hacienda "Pedregales" sita en el Municipio de Prado, Departamento del Tolima, y exigir una suma millonaria por su liberación, se hicieron presentes en la heredad a eso de las 7::00 de la noche del día 13 de junio de 1995 cinco individuos que portando armas de fuego de las comúnmente denominadas de defensa personal y vistiendo prendas de uso privativo, dieron comienzo a la acción. Empero, ante la fragilidad que en su estado de salud presentaba la señalada víctima, los plagiarios optaron por arrebatar del lugar al yerno del inicialmente citado,

Edgar Gaitán Ospina, por cuyo rescate solicitaron la suma de cincuenta millones de pesos que debían ser entregados el 30 de junio siguiente en la finca "San Miguel" del Municipio de Dolores, en la misma jurisdicción Departamental.

Como para la fecha acordada no fue posible la entrega del dinero exigido, uno de los plagiarios, Paulino Osorio Torres, hubo de comunicarse telefónicamente con los familiares del secuestrado, operación en la que fue descubierto y puesto a buen recaudo no sin antes delatar a sus compinches, Oliverio Díaz, Pastor Jiménez Heredia y Gerardo Vásquez Torres, a quienes también se les aprehendió, e informar el lugar de cautiverio de Gaitán Ospina donde efectivamente fue liberado el 15 de julio del mismo año.

Practicadas las primeras diligencias por el Grupo UNASE Urbano Regional del Tolima con sede en Ibagué, la correspondiente investigación la asumió la Fiscalía Regional Delegada de la SIJIN de la misma ciudad, despacho que una vez escuchó en descargos a los capturados con ocasión del evento criminoso y practicó algunas pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos, envió las diligencias a la Dirección Regional de Fiscalías radicada en Santa Fe de Bogotá donde se les resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho a gozar del beneficio de la libertad provisional, como presuntos responsables del concurso de hechos punibles de secuestro extorsivo agravado, porte ilegal de armas de fuego de defensa personal y utilización ilegal de uniformes e insignias de Organismos del Estado.

Poco después y durante el término de instrucción los sindicados Oliverio Díaz, Paulino Osorio Torres y Pastor Jiménez Heredia se acogieron al mecanismo de la terminación anticipada del proceso, para lo cual reclamaron ante la Fiscalía Regional que conocía del asunto la aplicación del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, aceptando luego conforme al acta levantada para el efecto el 6 de junio de 1996 la totalidad de los cargos imputados en la resolución de situación jurídica.

Fue así como por fallo del 15 de agosto del mismo año un Juzgado Regional de Santa Fe de Bogotá condenó a cada uno de los acusados a purgar la pena privativa de la libertad de 24 años de prisión, a cubrir una multa por valor de 66.6 salarios mínimos legales mensuales, a la interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y a sufragar, solidariamente, el equivalente en moneda nacional a la suma de 400 gramos oro en favor del ofendido, a título de indemnización de perjuicios.

A los sentenciados igualmente se les negó el sustituto penal de la condena de ejecución condicional y además se ordenó en favor del Estado el decomiso de las armas, municiones y prendas incautadas en razón de la investigación.

Inconformes los justiciables con la decisión que viene de relacionarse, la impugnaron ante el Tribunal Nacional, Corporación que al desatar la

alzada confirmó el fallo cuestionado modificándolo únicamente en lo relacionado con la sanción pecuniaria, la cual en acatamiento al principio de legalidad de la pena adecuó al mínimo legal resultante de la conjugación normativa de los tipos penales violados. Contra esta sentencia interpusieron el recurso extraordinario de casación, de cuyas demandas se ocupa la Sala en su aspecto formal.

CONTENIDO DE LAS DEMANDAS

Un cargo por libelo instaurado a nombre de cada uno de los procesados presenta el impugnante contra la sentencia de segundo grado cuestionada, dos de los cuales por contener idéntico reproche se estudiarán conjuntamente. Veamos:

1. Demanda a nombre de Olverio Díaz y Paulino Osorio Torres.

Con fundamento en la causal primera, cuerpo primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el impugnante dice censurar el fallo del Tribunal Nacional por violación directa de la ley sustancial al omitir aplicar el artículo 369 A *ibidem*.

En la sustentación del cargo aduce el censor que al proferirse la decisión que hoy recurre en casación, no se consideró al momento de la dosificación de la respectiva sanción restrictiva de la libertad "el hecho probado" de que sus pupilos prestaron una "colaboración eficaz a la justicia tal como lo aceptaron los juzgadores de instancia", como que "al paso que el juez reconoce una circunstancia -la colaboración eficaz-, no abona las consecuencias punitivas que tal reconocimiento genera".

Y agrega que es incuestionable que el referido canon normativo es de carácter sustancial porque regula aspectos relacionados con la pena. Ahora, si sus defendidos no sólo admitieron los cargos imputados sino que, en el caso de Osorio Torres "por su colaboración" se logró el rescate de la víctima al indicar el lugar de cautiverio del secuestrado, procurando igualmente la captura de los otros coparticipes, y en el de Díaz se pudo establecer lo realmente ocurrido con el señalamiento que de la presunta víctima hizo a la autoridad sindicándolo como "el verdadero autor y cerebro" del plagio, "hasta el punto de que actualmente se está investigando la posibilidad de que nos hallemos ante un típico 'autosecuestro' (...)", no existe incertidumbre alguna acerca de la infracción a la ley argüida por la inaplicación del precepto que consagra los beneficios por colaboración eficaz con la justicia, cuyo tenor literal transcribe el censor.

Con tal omisión se les menoscabó a sus asistidos el derecho a la defensa porque se les pretermitió la posibilidad que les ofrece la ley de utilizar los mecanismos tendientes a hacerles menos gravosa su situación: el principio de la favorabilidad y el del favor rei como quiera que no sólo se desconoció la voluntad del legislador sino también la del constituyente, "en el

sentido de que todas las normas del sistema penal son de interpretación restrictiva, en tanto deben entenderse en favor del procesado como sujeto más indefenso dentro de la relación Estado-sindicado"; y el principio de legalidad de la pena, puesto que por la "inactividad del señor Fiscal o por el desconocimiento del señor Juez", no se observaron los parámetros legales establecidos en aspectos de dosificación punitiva.

Culmina su argumentación el libelista solicitando de esta Corporación "se case parcialmente la sentencia, para que, en fallo de reemplazo, se dosifique la pena de acuerdo a lo ordenado en la ley positiva con todas las atenuantes y beneficios que ella consagra".

2. Demanda a nombre de Pastor Jiménez Heredia.

Igualmente con fundamento en la causal primera, cuerpo primero del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, el casacionista dice impugnar el fallo del Tribunal Nacional por violación directa de la ley sustancial al omitir aplicar el artículo 299 *ibidem*.

Para cimentar la censura el demandante afirma: "El concepto de la violación lo contiene el dato cierto de que el Juzgador, al momento de proferir la sentencia y dosificar la pena, no consideró, como lo ordena la ley, el hecho probado de que mi defendido, Pastor Jiménez Heredia, al momento de su indagatoria aceptó su participación en el hecho que se investiga y su captura no se produjo, por otro lado, en flagrancia".

La norma dejada de aplicar, vale decir, el precepto que consagra la reducción de la sanción a la que se hace merecedor el infractor por su ilícito proceder al confesar el hecho, es de índole sustancial, advierte el impugnante, porque regula aspectos atinentes a la pena, y si se halla acreditado que su asistido no sólo admitió los cargos que dieron pié para culminar anticipadamente el proceso sino que además por su colaboración se esclareció lo acontecido, pues acusó a la supuesta víctima del plagio de "autosecuestro" lo cual es hoy objeto de investigación, el sentenciador al inaplicar la mentada norma está desconociendo en perjuicio del procesado el beneficio allí estipulado, no empece a que los requisitos que ella exige para su concesión se encuentran satisfechos. Basado en lo anterior, solicita se case parcialmente la sentencia y se profiera fallo de reemplazo a fin de que se dosifique la sanción haciendo los reconocimientos de ley.

Consideraciones de la Corte

En tratándose de sentencia anticipada, conforme con lo regulado en el ordinal 4° del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, tanto el procesado como su defensor sólo tienen interés para recurrir aquellos aspectos que dicen relación con la dosificación de la pena, el subrogado penal de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes.

Menester es destacar que en el pronunciamiento del Tribunal Nacional el tema planteado por el casacionista en favor de los acusados Oliverio Díaz y Paulino Osorio Torres no fue objeto de la sentencia recurrida, puesto que en dicha decisión con claridad meridiana se precisó que de acuerdo con la limitación consignada en la norma atrás reseñada, carecían de personería para impetrar rebaja de pena por la supuesta colaboración eficaz con la justicia argüida -no estaban facultados para invocar una tal reducción, se dijo expresamente-, amén de que para tal efecto los interesados ya habían hecho la correspondiente solicitud a la Fiscalía General de la Nación en donde su trámite se hallaba en curso, razón por la cual "esta instancia judicial se abstendrá de hacer alguna consideración al respecto".

Es que la censura acerca de que el principio de legalidad de la pena se menoscabó, habida cuenta de que los beneficios por colaboración eficaz consagrados en el artículo 369A del Código Procesal Penal no se reconocieron en el asunto *sub lite* por la "inactividad del señor Fiscal o por el desconocimiento del señor Juez", o porque el sentenciador aunque admitiendo esa circunstancia "no abona las consecuencias jurídicas que tal reconocimiento genera", no es más que un argumento sofístico por cuanto de lo normado en el canon del cual se hace derivar la infracción directa de la ley sustancial, diáfanamente se infiere que no es al fallador y menos al fiscal acusador a quienes compete acordar con el procesado dichos privilegios.

En efecto, son el Fiscal General de la Nación o el Fiscal designado para el efecto, "previo concepto del Procurador General de la Nación o su Delegado", los funcionarios estatales a quienes les asiste la atribución de realizar este tipo de acuerdos conforme con el examen preliminar que "acerca del grado de eficacia o importancia de la colaboración" les merezca la contribución de la persona investigada, juzgada o condenada para con la administración de justicia, evaluación que por lo demás debe ceñirse a los precisos criterios establecidos en el referido precepto para que el posterior reconocimiento del beneficio o beneficios invocados pueda tener operancia, como quiera que dicho convenio está sujeto a la "aprobación de la autoridad judicial competente".

Por lo tanto resulta impertinente la pretensión del impugnante, tanto más cuanto se sabe que la solicitud de reconocimiento por la presunta colaboración con la justicia apenas se halla en curso. La Sala entonces no puede ocuparse de asuntos que ni siquiera podían ser examinados por el *ad quem*, porque si el objeto del extraordinario recurso es la sentencia de segundo grado proferida por el Tribunal de instancia, ha menester que la cuestión debatida constituya materia impugnable, lo cual en el evento *sub judice* no fue elemento de consideración en el fallo cuestionado y no podía serlo, entre otras razones, por expresa disposición del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal.

Por manera que, careciendo el impugnante de interés jurídico para recurrir, presupuesto procesal este de toda demanda en forma, la pretensión incoada en nombre de los procesados Oliverio Díaz Y Paulino Osorio Torres debe ser rechazada y por ende declarada la deserción del recurso.

Decisión opuesta a la ya anunciada, habrá de tomarse en relación con la demanda formulada en favor de Pastor Jiménez Heredia, pues en verdad este libelo cumple con los requisitos de forma que para su admisión exige el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

En razón y mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR *IN LIMINE* la demanda de casación presentada por el defensor de los procesados Oliverio Díaz y Paulino Osorio Torres, contra la sentencia proferida por el Tribunal Nacional. En consecuencia, se declara DESIERTO el recurso extraordinario interpuesto en relación con estos sentenciados.

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 197 y 226 del C. de P. Penal, la anterior decisión no admite recurso alguno.

SEGUNDO: Por reunir en su aspecto formal los requisitos exigidos por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal, se declara AJUSTADA la demanda presentada por el defensor de Pastor Jiménez Heredia. Por consiguiente, córrase traslado al señor Procurador Delegado en lo Penal para lo de su cargo por un término de 20 días, conforme a lo normado en el artículo 226 *ibidem*.

Cópiese, comuníquese y cúmplase

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION DISCRECIONAL

En reiteradas ocasiones en forma pacífica esta Corporación ha señalado las mínimas pautas que deben acompañar los escritos con los que los impugnantes se valen para materializar su propósito de recurrentes en casación en la modalidad excepcional y a partir de allí lograr el estudio de fondo del asunto debatido.

En tal sentido no basta el oportuno anuncio del disenso en contra de la sentencia por parte del procurador, su delegado, o del defensor sino también que dentro de aquél presenten las razones por las cuales al tenor del texto legal la Corte discrecionalmente puede determinar a las claras que el tema propuesto procura "el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales", inicial, metódico y lógico punto de apoyo a partir del cual, en caso de prestar aquiescencia la Corte, los impugnantes ulteriormente podrán desarrollar en las demandas respectivas.

Proceso No. 14163

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., septiembre catorce (14) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Aprobado Acta No. 135 (septiembre 8 de 1998)

Vistos

Se pronuncia la Sala sobre la concesión del recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Héctor Ovidio Chávez Martínez y su defensor con fundamento en el inciso 3 del artículo 218 del C.P.P., contra la sentencia proferida el 23 de octubre de 1997 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto que lo condenó por el delito de falso testimonio.

Antecedentes

Hector Ovidio Chávez Martinez por haber declarado ante Notario bajo la gravedad de juramento que no estaba incurso en ninguna causal de

inhabilidad o incompatibilidad para desempeñar el cargo de personero municipal de Sandoná, cuando sí lo estaba por haber celebrado un contrato con el municipio, fue denunciado ante la Procuraduría por el Presidente del Consejo Municipal.

Conocido lo ocurrido, la Fiscalía adelantó el respectivo proceso penal en el que el acusado resultó condenado por el delito de falso testimonio a la pena de 1 año de prisión, siendo esa la razón para que junto con su apoderado manifestaran su disentimiento interponiendo el recurso extraordinario de casación solicitando, el defensor, su concesión al Tribunal; colegiado que al advertir su incompetencia para la asunción de tal determinación envió el proceso a esta Corte.

El Recurso

En el escrito opugnador de la sentencia, el procesado de puño y letra escribió:

"Manifiesto que recurro en casación la sentencia de la que estoy notificándome, comprometiéndome a cumplir los requisitos sustanciales y/o procesales de ley"

A tiempo que el defensor amparó su postura indicando:

"Por cuanto el asunto que nos ocupa, adquiere visos de singular importancia aquí en Nariño, y más exactamente en Sandoná como resultado de las irregularidades administrativas de un ex-alcalde convicto, SOLICITO en favor de la justicia concederme la casación solicitada de conformidad con el art.: 224 ejusdem.

Concedido que fuere estaré atento a formular la demanda conforme a los requisitos de ley."

Consideraciones de la Corte

En reiteradas ocasiones en forma pacífica esta Corporación ha señalado las mínimas pautas que deben acompañar los escritos con los que los impugnantes se valen para materializar su propósito de recurrentes en casación en la modalidad excepcional y a partir de allí lograr el estudio de fondo del asunto debatido.

En tal sentido no basta el oportuno anuncio del disenso en contra de la sentencia por parte del procurador, su delegado, o del defensor sino también que dentro de aquél presenten las razones por las cuales al tenor del texto legal la Corte discrecionalmente puede determinar a las claras que el tema propuesto procura "el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales", inicial, metódico y lógico punto de apoyo a partir del cual, en caso de prestar aquiescencia la Corte, los impugnantes ulteriormente podrán desarrollar en las demandas respectivas.

Vacío que se encuentra en el caso a estudio pues sólo se ve el vago deseo de recurrir con escasez de argumentos tendientes a la demostración del por qué es plausible la concesión del recurso como que lo único que se anuncia es que resultaría de singular importancia para la región donde ocurrieron los hechos el "resultado de las irregularidades administrativas de un ex alcalde convicto".

Afirmación que deja a la Corte sometida al desconocimiento de cómo el caso está circunscrito en una cualquiera de las opciones que hacen posible el avance del recurso.

De esta manera, no existiendo plataforma habilitadora del recurso y por el contrario encontrándose el lúcido propósito de diferir a un momento inoportuno las razones supuestamente adecuadas para el impulso de la alzada, es motivo suficiente para considerar que la postura asumida por el opugnador deviene en contravía a la naturaleza del extraordinario recurso de casación por vía excepcional.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

NO CONCEDER el recurso extraordinario de casación que por vía discrecional se deprecó en esta causa penal seguida en contra de Héctor Ovidio Chávez Martínez.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FALSO JUICIO DE CONVICCION/
DEMANDA DE CASACION

Si en realidad la objeción obedecía a un error de derecho por falso juicio de convicción, a causa de una indebida estimación de la credibilidad de los elementos de juicio, se desatendió que ella no tendría cabida porque en general no existe en nuestro sistema una tarifa legal de pruebas, ya que el operante es el principio de la sana crítica que rige la actividad del juez en materia penal. Pero si el ataque radicaba en la inferencia por resultar contrario a las reglas de la sana crítica -falso juicio de identidad-, era necesario precisar qué reglas de experiencia, de razón o de ciencia conculcada al juzgador, y por qué, lo mismo que la trascendencia de su equivocación.

Téngase en cuenta que el verdadero sentido de la demanda no es tomar partido por una de las decisiones enfrentadas, cuando la de segundo grado se distancia del análisis valorativo que de las pruebas hizo el juez a quo, pues esa no pasa de ser una de las formas comúnmente utilizadas para tratar de hacer prevalente el criterio personal del actor en torno del debate probatorio, cuando a nivel del recurso extraordinario se entiende superada la controversia de simple grado de jurisdicción, siendo lo correcto demostrar de qué modo la sentencia del Tribunal resulta violatoria de la ley sustancial, no en discrepancia conceptual con el criterio de alguna de las partes, sino por un error manifiesto que pugne abiertamente con la verdad del proceso, acreditando que el juzgador no se atuvo a las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia que informan la sana crítica. Es la única forma de desquiciar la doble presunción de acierto y legalidad de que están revestidos los fallos judiciales.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Proceso No. 9854

Aprobado por Acta No. 141

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la Parte Civil en contra de la sentencia, mediante la cual el Tribunal Superior de Cundinamarca revoca parcialmente el fallo condenatorio del Juzgado Penal del Circuito de Ubaté y en su lugar absuelve a Carlos Humberto Briceño Briceño por homicidio, manteniendo la condena por el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

A primera hora de la mañana del 25 de enero de 1993, en el sitio "Puente Guzmán" de la jurisdicción Municipal de Simijaca, sobre la carretera que comunica las poblaciones de Ubaté y Chiquinquirá, fue hallado el cuerpo sin vida de Helenoir Salamanca Moreras, quien la noche anterior había estado departiendo con Carlos Humberto Briceño Briceño y María Cristina Delgadillo en la taberna "Noche Corazón" ubicada en el perímetro urbano de esa población.

Practicado el levantamiento del cadáver por la Inspectora Municipal de Policía y la necropsia por el Médico Rural del lugar -que da cuenta de múltiples heridas (4 orificios de entrada y 4 de salida) al parecer causadas con proyectiles disparados por arma de fuego-, las diligencias fueron remitidas a la Unidad de Fiscalía con sede en Ubaté, donde de inmediato se ordenó adelantar la averiguación preliminar que condujo a la sindicación de Carlos Humberto Briceño Briceño y a la apertura de investigación ordenada el 7 de mayo de 1993; etapa que una vez clausurada concluyó ese despacho con la resolución acusatoria del 13 de septiembre de 1993, que fue confirmada por la Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Bogotá y Cundinamarca.

Por competencia correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Ubaté adelantar la etapa de juzgamiento que culminó con la sentencia condenatoria del 8 de abril de 1994, en la que, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de defensa personal, le fueron impuestos a Briceño Briceño 26 años de prisión, 5 años de interdicción de derechos y funciones públicas y la obligación de indemnizar un millón de pesos por el daño emergente y 500 gramos oro por los demás perjuicios.

Por estar en desacuerdo con la decisión de primera instancia, la defensora y el apoderado de la Parte Civil interpusieron el recurso de apelación que desató el Tribunal Superior de Cundinamarca mediante fallo del 14 de junio de 1994 que revocó la condena impuesta por el delito de homicidio y dejó vigente la correspondiente al porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, cuya pena tasó en 8 meses de prisión, por lo que dispuso la libertad inmediata del procesado.

La inconformidad del apoderado de la Parte Civil con la sentencia de segundo grado dio lugar a la interposición del recursos extraordinario de casación.

La Demanda

Con apoyo en la causal primera de casación, prevista en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusa el censor la sentencia del Tribunal de ser violatoria de la ley sustancial, por vía indirecta, por haber incurrido en error de derecho en la apreciación de las pruebas que tuvo en cuenta para dictar el fallo absolutorio.

Primer cargo. El sentenciador tomó en un sentido equivocado los graves indicios que comprometían la responsabilidad del acusado en el delito de homicidio, pues los consideró deleznables y de escasa fuerza probatoria, en contra de lo expresado por el funcionario de primera instancia, para quien esos indicios demostraban con certeza la responsabilidad del acusado, puesto que era la persona que conducía el vehículo al que se subió la víctima esa noche, luego de haber estado departiendo con él en una discoteca, sin que puedan aceptarse las explicaciones del indagado que quiere hacer creer que el ahora occiso se apeó poco después en una esquina del parque. Además, se comprobó que las perforaciones halladas en el tapizado de la puerta delantera del lado derecho del automotor corresponden al impacto de proyectiles de arma de fuego y las trayectorias (izquierda- derecha) coinciden con las descritas en la diligencia de necropsia, lo mismo que el número de disparos con las heridas que pudieron serle ocasionadas dentro del vehículo, ya que la vainilla correspondiente al cuarto disparo fue hallada en el lugar del levantamiento del cadáver, lo que permite suponer que fue rematado fuera del vehículo. Así mismo, para el juzgado, la clase de vainilla y el calibre corresponden a la pistola 7.65 que portaba el implicado.

Frente a esos argumentos de la primera instancia el Tribunal impuso su personal criterio y, en aplicación del principio universal del "*in dubio pro reo*", revocó la condena impuesta a Briceño Briceño por el homicidio de Salamanca Moreras, al considerar que la prueba indiciaria "no tenía la virtud suficiente para ofrecer certeza sobre la responsabilidad del acusado"; lo que no deja duda de la violación indirecta de la ley sustancial en que incurre el *ad quem*, por error de hecho, pues le dio a la prueba indiciaria un sentido totalmente diferente del que legalmente le correspondía, para favorecer al incriminado con una sentencia absolutoria, cuando de las circunstancias que rodearon el hecho se desprenden una serie de indicios concordantes que apuntan a señalarlo como el autor del homicidio investigado, así:

No hay duda que las últimas personas con las que fue vista la víctima son Carlos Humberto Briceño Briceño y su compañera María Cristina Delgadillo, con quienes esa noche abordó el Jeep marca Toyota de placas AO-0567, para entonces de propiedad del sindicado, quien, como está establecido, siempre andaba armado, y a la mañana siguiente apareció balcado el cadáver de Salamanca Moreras.

Las explicaciones del procesado sobre el origen de los orificios hallados en el interior del vehículo no son creíbles porque los testimonios que las apoyan no ofrecen ninguna credibilidad. Es más, sucedidos los hechos Briceño se apresura a vender el automotor y el arma que portaba esa noche; su acompañante de esa noche y compañera permanente no compareció a declarar hasta la audiencia y, al parecer, resultó herida en desarrollo del episodio investigado porque consta a folio 25 que fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital de Chiquinquirá el 18 de febrero siguiente por presentar impacto producido con arma de fuego.

Por si fuera poco, se configura el indicio de mentira porque mientras en la diligencia de indagatoria el procesado niega cualquier vínculo de amistad con la víctima, en el proceso se demuestra que en alguna oportunidad Salamanca Moreras estuvo en la casa de Briceño en una reunión familiar y "que incluso allí le solicitó empleo".

Como se ve, son varios los hechos indicadores de la responsabilidad del acusado, "indicios que sin duda alguna, son concordantes, convergentes, que por su naturaleza de ser hechos indicadores distintos y plenamente comprobados, tienen que conducir a deducción de responsabilidad penal, sin embargo el fallador de segunda instancia., los ubicó dentro del principio universal de la Duda Probatoria., dándole un sentido totalmente diferente a la prueba indiciaria, que es evidente en este proceso y que su presencia no fue desconocida por el fallador *ad quem*, pero su valoración y eficacia fue totalmente equivocada".

El indicio en la Ley Penal es un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho y su fuerza de convicción se funda en la misma naturaleza de las cosas, por eso ha dicho la jurisprudencia que la prueba indiciaria desempeña un papel preponderante en la demostración de los factores materiales y subjetivos del delito (cita apartes de una sentencia del 7 de marzo de 1946) y que es instrumento conceptual que le permite al juzgador adquirir certeza sobre la autoría, cuando otros medios probatorios no se la brindan (transcribe apartes de sentencia del 27 de julio de 1982 con ponencia del Dr. Alfonso Reyes Echandía).

También se equivocó el Tribunal cuando dice que no se le puede atribuir a Briceño responsabilidad en el homicidio de Salamanca porque no se conoce el móvil determinante de su muerte, ya que si el homicidio simple consiste en matar voluntariamente a otro, con representación del resultado, el elemento culpabilidad puede concurrir en cualquiera de las especies que la doctrina suele distinguir -determinado o eventual, deliberado o de ímpetu-, sin que se altere la figura delictiva. De aceptar la tesis del Tribunal, la impunidad sería común a la mayoría de los homicidios, por falta de demostración objetiva del móvil, y habría que desestimar la presencia del dolo de ímpetu que no tiene motivos aparentes.

Segundo cargo. Igualmente, al amparo de la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial, presenta el censor este segundo reproche (condicionado a la prosperidad del ataque contra el fallo absolutorio), pero no dirigido en contra de la sentencia del Tribunal, sino directamente contra la del Juzgado Penal del Circuito de Ubaté que, según dice, incurrió en un error de derecho al tasar el monto de la indemnización de los perjuicios, en este caso por haber desconocido el estimativo de treinta y tres millones de pesos que hizo el perito en dictamen no objetado por las partes, con el argumento que no se demostró que la víctima tuviera a su cargo alguna obligación patrimonial, como si no fuera suficiente saber que una persona de 23 años de edad tiene, por lo menos, 37 años de vida productiva.

Pide, en el evento de casar la sentencia, que si la Corte no acoge la estimación que de los perjuicios se hizo en la demanda de parte civil, la condena por ese concepto sea en abstracto.

Finalmente, en las que denomina peticiones comunes a los dos cargos, sugiere la forma cómo se debe elaborar la parte resolutiva de la sentencia condenatoria.

Concepto del Ministerio Público

1. En opinión del Señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, el desorden y la falta de respeto por la técnica que gobierna el recurso extraordinario son las características del primer cargo, que contiene dos reproches, uno orientado a criticar la valoración de los indicios de responsabilidad y el otro referido a la ausencia del móvil que, según dice, el Tribunal hizo prevalecer sobre los indicios deducidos por el juez.

Un segundo desacierto consiste en no haber citado el casacionista las normas sustanciales o procesales presuntamente vulneradas, lo que deja sin piso la censura, por cuanto la hipótesis fundamental de la causal aducida es el quebrantamiento de una norma de derecho sustancial y si ésta no se menciona, no puede la Corte determinar en que consistió la violación, dado el principio de limitación que rige su actividad, menos aún, si no se puede saber cuál es -en criterio del censor- el origen de la violación (inaplicación, interpretación errónea o aplicación indebida), ni en qué sentido se debe corregir la ilegalidad advertida.

En tercer lugar, se vale de la discrepancia entre los fallos de las dos instancias para increparle al Tribunal un error de derecho en la valoración de los indicios, con lo que desnaturaliza las funciones del *ad quem*, pues no tiene porque estar sometido a las conclusiones de la decisión que revisa, ya que la institución de la segunda instancia tiene por objeto examinar las pruebas y deducciones de la sentencia apelada, para declarar lo que en derecho considere adecuado. Por eso, no constituye demostración del cargo la manifestación que hace el casacionista, en el sentido que el

Tribunal llegó a una "posición totalmente contraria a la que llegó el sentenciador de primer grado".

Un cuarto desacierto es no haber precisado si el error de derecho se debió a un falso juicio de legalidad o a un falso juicio de convicción, lo que no se puede deducir del contexto de la demanda que indistintamente emplea las expresiones: "error de derecho en la apreciación de las pruebas", "consideró el Tribunal como deleznables y de muy poca fuerza probatoria (los indicios)", "le dio un sentido diferente a los indicios graves de responsabilidad", "distorsionó el verdadero sentido de los indicios de responsabilidad penal"; enunciados que corresponden a diferentes clases de error, así, los primeros inducen a pensar en un falso juicio de convicción -dado que no comparte la valoración que hizo el *ad quem*-; mientras en los que se duele que el Tribunal haya desechado los indicios está denunciando es un error de hecho por falso juicio de existencia y, por lo tanto, contraviene los requisitos de claridad y precisión que debiera cumplir el libelo.

Sin embargo, el más grave error lo comete el demandante cuando, refiriéndose al tema de los indicios, desconoce su especial naturaleza y la forma de atacarlos en casación, pues, siendo pruebas indirectas obtenidas mediante un proceso de inferencia lógica, si quería atacar la prueba que respalda el hecho indicador debió decir en que consistió el falso juicio que dio lugar a la violación de la ley sustancial, si era de existencia, de identidad o de legalidad. Más, si lo que se proponía era criticar el proceso de inferencia lógica, la única posibilidad era hacerlo a través del error de derecho por falso juicio de convicción que, como se sabe, no tiene cabida frente a la discrecionalidad que la ley le ha otorgado al juez para elaborar sus propias convicciones.

En verdad lo que ocurre es que para el *ad quem* los indicios que tuvo en cuenta el juez de primera instancia no son suficientes para proferir una sentencia condenatoria, puesto que le ha surgido una duda imposible de despejar, y que necesariamente tenía que resolver en favor del procesado. Basta repasar la sentencia del Tribunal para saber que no se distorsionó la prueba del fallo revisado, ni se desconoció el hecho indicador probado (los orificios de proyectil en el vehículo del sindicado), lo que es cierto es que la inferencia elaborada por las instancias es diferente, pero ello no constituye error capaz de derrumbar la sentencia cuestionada, porque de allí no sale la certeza sobre la autoría del homicidio investigado.

"Además, en el fallo tildado de erróneo por el libelista no se encuentra ninguna distorsión de los denunciados por el libelista hechos indicadores, de los que en opinión del libelista debe deducirse la responsabilidad penal de Briceño Briceño. Sucede lo mismo con el desconocido móvil del delito de homicidio de lo que el sentenciador deduce que por tal hecho no puede condenar porque 'no hay delito sin móvil' lo que, arguye el censor, llevaría a la impunidad de muchas conductas y desconoce la existencia del denominado por la doctrina 'dolo de ímpetu'; pero es que el fallador de segundo

grado no basó su decisión de absolución en este único aspecto, solo lo menciona como uno más de los que no proporcionan la certeza necesaria para condenar".

Es decir, hay es un enfrentamiento de criterios en cuanto que el juez no le da credibilidad a una parte de las afirmaciones del sindicado, mientras el Tribunal piensa que no hay porque dejar de creerle si no existen pruebas que infirmen lo manifestado por Briceño y su compañera, pero reconoce que algunos de los aspectos declarados ofrecen dudas y por eso absuelve.

De modo que el yerro anunciado en la demanda se transforma en un error de derecho por falso juicio de convicción que no se puede alegar en casación.

2. En el segundo cargo incurre el censor en un ostensible error de técnica cuando ataca el fallo de primer grado y no la sentencia del Tribunal que es la recurrida en casación, pues en este evento no se puede decir que esas decisiones constituyen una unidad inescindible cuando los criterios valorativos y de convicción expresados en cada uno son diferentes.

Así mismo, olvida el censor que en el evento de prosperar el recurso interpuesto lo que hace la Corte es dictar el fallo sustitutivo y tasar los perjuicios de conformidad con los elementos de juicio que encuentre en el proceso y las normas que regulan la materia, por lo cual el cargo no puede entenderse sino como una manifestación de disenso apta para el trámite de la segunda instancia, pero no para el recurso extraordinario.

Consecuente con su criterio, el Señor Procurador Delegado sugiere a la Sala no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primer cargo

El principio de limitación es una de las notas predominantes del recurso extraordinario de casación, al punto de que a la Corte le está vedado conocer de las sentencias por causales no invocadas, o con base en fundamentos no contenidos en la impugnación, o por errores que el demandante no ha denunciado; de modo que siendo la demanda la encargada de fijar las pautas para verificar el cotejo entre la sentencia y la ley, si el casacionista omite mencionar la norma violada, no solamente estaría incumpliendo uno de los requisitos de admisibilidad, sino que torna inane la alegación por no contener la censura uno de los elementos indispensables para poder hacer esa confrontación.

Sin duda, es ese uno de los defectos de que adolece el primer cargo, pues establecida por el censor la existencia de una violación de la ley sustancial, debió haber precisado con toda claridad las normas infringidas.

Es mayor la incertidumbre cuando, como lo destaca la Procuraduría, el cargo no es claro al atacar los hechos indicadores, o la inferencia lógica

a la que conducen, y si bien contiene expresiones que permiten pensar en una tergiversación del sentido objetivo de las pruebas, propia del falso juicio de identidad, ella se contradice luego con el planteamiento de un error de derecho por falso juicio de convicción.

Si en realidad la objeción obedecía a un error de derecho por falso juicio de convicción, a causa de una indebida estimación de la credibilidad de los elementos de juicio, se desatendió que ella no tendría cabida porque en general no existe en nuestro sistema una tarifa legal de pruebas, ya que el operante es el principio de la sana crítica que rige la actividad del juez en materia penal. Pero si el ataque radicaba en la inferencia por resultar contrario a las reglas de la sana crítica -falso juicio de identidad-, era necesario precisar qué reglas de experiencia, de razón o de ciencia conculcada al juzgador, y por qué, lo mismo que la trascendencia de su equivocación, pero ello no se vislumbra en la censura. Desde luego que tampoco se pueden plantear simultáneamente estas dos formas de error, porque según se ve, su naturaleza las hace entre sí excluyentes.

Así las cosas, parece ser que el casacionista selecciona erradamente el error propuesto, pues no de otra forma se explica que, después de reseñar las que considera graves evidencias en contra del sindicado (presencia, idoneidad de medios, mala justificación, venta del arma y del vehículo utilizados, no comparecencia oportuna de su acompañante -herida aparentemente en los mismos hechos- y mentira sobre las relaciones de amistad que existían con la víctima), concluya afirmando desde su punto de vista o el del juzgador *a quo* que el Tribunal ubicó los indicios de responsabilidad dentro del principio universal de la duda probatoria "dándole un sentido totalmente diferente a la prueba indiciaria", pero sin preocuparse por demostrar que el Tribunal erró y que deformó los hechos indicadores al punto de extraer de ellos una conclusión que no soportan.

Téngase en cuenta que el verdadero sentido de la demanda no es tomar partido por una de las decisiones enfrentadas, cuando la de segundo grado se distancia del análisis valorativo que de las pruebas hizo el juez *a quo*, pues esa no pasa de ser una de las formas comúnmente utilizadas para tratar de hacer prevalente el criterio personal del actor en torno del debate probatorio, cuando a nivel del recurso extraordinario se entiende superada la controversia de simple grado de jurisdicción, siendo lo correcto demostrar de qué modo la sentencia del Tribunal resulta violatoria de la ley sustancial, no en discrepancia conceptual con el criterio de alguna de las partes, sino por un error manifiesto que pugne abiertamente con la verdad del proceso, acreditando que el juzgador no se atuvo a las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia que informan la sana crítica. Es la única forma de desquiciar la doble presunción de acierto y legalidad de que están revestidos los fallos judiciales.

El cargo no prospera.

Segundo cargo

Como este reproche se hizo condicionado a la prosperidad del primero y éste no salió avante, por sustracción de materia no tiene la Sala qué decir al respecto.

Tiene razón la Delegada en cuanto afirma que no es procedente atacar en casación una sentencia "inexistente", como fue la de condena que profirió el 8 de abril de 1994 el Juzgado penal del Circuito de Ubaté y fue revocada en cuanto al delito de homicidio, de donde cabe sostener que con respecto a la referida inicial condena en perjuicios no hay decisión de SEGUNDA INSTANCIA y, por tanto, de conformidad con el artículo 218 del Código de Procedimiento Penal dicha impugnación extraordinaria no procede.

En casos como el presente, de haber tenido éxito el primer cargo, esta Sala de Casación se convertiría en fallador de instancia, y entonces le tocaría al casacionista apoderado de la parte civil agregar a la sustentación de dicho primer casacional reproche las consideraciones que hizo cuando apeló la sentencia por el aspecto de la condena en perjuicios (fols.41 infra y 42 cdno.Tribunal), a fin de que la Corte en su fallo de reemplazo examine la legalidad de la referida condena y procediera de conformidad.

Si no fuera así la parte agraviada con el delito encararía la imposibilidad de protestar una decisión con relación a la cual tiene el derecho de contradicción.

Los cargos entonces no prosperan y el fallo atacado no se casará.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca, que absolvió a Carlos Humberto Briceño Briceño por el delito de homicidio, impugnada por el apoderado de la Parte Civil.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ESTAFA/ PRESCRIPCION

Si bien es cierto que el artículo 356 del Código Penal contempla como pena máxima del delito de estafa la de 10 años de prisión, también lo es que la misma deberá de incrementarse hasta la mitad, conforme a los dispuesto en el artículo 372 de la misma obra, lo que da un total de 15 años, por lo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 84 ejusdem, el término de prescripción es de siete años y seis meses.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Proceso No. 9777

Aprobado Acta No. 141

VISTOS

Resuelve la Corte la petición de cesación de procedimiento que por prescripción de la acción penal formula el defensor del procesado Julio César Vélez Trillos.

ANTECEDENTES

1. Los hechos que originaron este proceso fueron reseñados por el Tribunal Superior de Cúcuta de la siguiente manera:

"Consta en el proceso que en las oficinas del INTRA en Barranquilla, para el año de 1987 se desempeñaba como Auxiliar de Contabilidad el señor Luis Baldomero Yepes Zapata, a quien por concepto de prima de navidad le fue girado el cheque N°3080685 de la cuenta corriente N°401-03344-9 que tal oficina tenía en el Banco del Estado en dicha ciudad, por la suma de $42.057.99, el que fue cobrado por ventanilla el 4 de diciembre del mismo año en virtud a endoso que Yepes Zapata hizo.

"A eso de las 3:44 minutos de la tarde del mismo día, fue consignado en esta ciudad, en la cuenta corriente N°510 02504 2 del Banco del Estado en

esta ciudad, perteneciente a Julio César Vélez Trillos, el cheque N°3080685 de la cuenta N°401-03544-9 por valor de $14'520.000.oo de las oficinas del INTRA de Barranquilla, instrumento que sometido a los controles de seguridad fue abonado a la cuenta del mentado ciudadano, quien para ese mismo día y fecha mediante cheque N°4786688, correspondiente a la cuenta corriente N°510-02504-2 del mismo Banco del Estado, consignó la suma de $14'000.000.oo, comprobándose posteriormente que el cheque girado por $14'520.000.oo a nombre de Julio César Vélez Trillos no fue girado por el Intra en Barranquilla, pues los sellos en él estampados y las firmas que presentaba era falsas, coincidiendo sí el número de cheque 3080685 y el de la cuenta corriente que es el 401-03544-9".

2. Luego de su correspondiente investigación, el mérito del sumario fue calificado, por el entonces Juzgado Séptimo de Instrucción Criminal de Cúcuta, el 10 de abril de 1992, con resolución de acusación contra el citado procesado, por el delito de estafa, previsto en el artículo 356 del Código Penal, con las circunstancias genéricas de agravación contempladas en los numerales 1° y 2° del artículo 372 de la misma obra.

La anterior decisión cobró ejecutoria el 30 de abril siguiente.

3. Tramitada la etapa del juicio, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la misma ciudad, el 28 de octubre de 1993, profirió sentencia de primera instancia, condenando a Julio César Vélez Trillos a la pena principal de 18 meses de prisión, como autor del delito imputado en el pliego acusatorio.

Apelado el fallo, el Tribunal Superior de Cúcuta, al desatar el recurso interpuesto por el defensor del procesado, lo confirmó, mediante el suyo que lleva fecha del 19 de diciembre de 1994.

En la actualidad se tramita el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa.

La Peticion

El defensor, luego de citar las normas legales pertinentes y de efectuar las operaciones aritméticas correspondientes, según su propia estimativa, solicita a la Corte que declare extinguida la acción penal por prescripción y, en consecuencia, cese todo procedimiento en favor de su defendido.

Consideraciones de la Corte

El delito que se imputó al procesado y por el cual se le profirió sentencia de condena es el de estafa (artículo 356 del C.P.), con las circunstancias genéricas de agravación contempladas en los numerales 1° y 2° del artículo 372 *ibidem*.

Igualmente, es claro que por dicho hecho punible se acusó a Pedro Aguilar Acuña mediante providencia del día 10 de abril de 1992, la que

cobró ejecutoria, luego de las correspondientes notificaciones, el 30 de abril del mismo año, y no el 29 como erradamente lo sostiene el memorialista, ya que, como consta al folio 291, la notificación por estado se surtió el día 27, fecha a partir de la cual se interrumpió el término de la prescripción, para empezar a correr de nuevo en la etapa del juicio.

Significa lo anterior que, al tenor de lo dispuesto en los artículos 80 y 84 del Código Penal, dentro del presente asunto la acción penal no se ha extinguido por causa del fenómeno prescriptivo, pues no hay duda que desde el 30 de abril de 1992 hasta la fecha, no han transcurrido los siete años y seis meses, requeridos para que se cumpla el lapso prescriptivo, por lo que la petición será rechazada.

En efecto, si bien es cierto que el artículo 356 del Código Penal contempla como pena máxima del delito de estafa la de 10 años de prisión, también lo es que la misma deberá de incrementarse hasta la mitad, conforme a los dispuesto en el artículo 372 de la misma obra, lo que da un total de 15 años, por lo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 84 *ejusdem*, el término de prescripción es de siete años y seis meses, como se dijo en precedencia.

En consecuencia, no se dispondrá la cesación de procedimiento como lo solicita el memorialista.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

DECLARAR que no ha operado en este asunto el fenómeno de la prescripción de la acción penal. En consecuencia, NEGAR la cesación de procedimiento solicitada por el defensor de Julio César Vélez Trillos.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION-Pruebas

Concebida la jurisdicción como la potestad que tienen los Estados de administrar justicia, estableciendo dentro de un proceso debido si se ha cometido un delito, quién es el responsable, y en tal caso aplicar una pena o medida de seguridad, es obvio que las pruebas pedidas se dirigen a enervar dicho poder en el Estado reclamante, aspiración que en el marco de este procedimiento desborda la competencia de la Sala, pues disponer su práctica implicaría una evidente intromisión en sus asuntos internos y un atentado contra su soberanía.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1.998).

Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Proceso No. 14557

Aprobado Acta No. 141

VISTOS

Decide la Corte sobre la solicitud de pruebas hecha por la apoderada del requerido en extradición, Norberto Menéndez o Norberto Menéndez Gutiérrez, ciudadano Cubano naturalizado en los Estados Unidos de América.

ANTECEDENTES

1. A efecto de que la Corte rinda el concepto previsto en el canon 555 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Justicia y del Derecho remitió a esta Sala de la Corte la nota verbal 235 del 20 de abril del corriente año, mediante la cual la Embajada de los Estados Unidos de América en nuestro país formalizó la solicitud de extradición del señor Norberto Menéndez por el delito de narcotráfico, acompañada de la documentación debidamente legalizada y autenticada.

2. De ella se deriva que con nota verbal No. 984 del 17 de diciembre de 1.997, dicha Embajada solicitó la detención provisional del reclamado con fines de extradición, la cual se produjo el 21 de febrero del corriente año.

De otra parte, el Ministerio de Relaciones Exteriores frente a la ausencia de convenio aplicable, conceptuó que la petición debía ser tramitada conforme a las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

Dentro del traslado previsto en el art. 556 *ibidem*, concurrieron a solicitar pruebas el anterior apoderado y la abogada a quien ahora confiere poder el reclamado.

2.1. Esta última pide se solicite al Tribunal de Distrito de los Estados Unidos -Distrito de Puerto Rico- expida, dentro del caso que gestó la demanda de extradición, certificación sobre los siguientes puntos:

-Si de ese asunto y por los mismos hechos conoció antes la jurisdicción penal de la Isla Caribeña Tórtola del Reino Unido de la Gran Bretaña.

De ser afirmativa la respuesta, determinar si los señores William Sanabria Torres, Pablo Sierra Guzmán, Enrique Bouricardy Reyes, Miguel Rodríguez Cruz y Juan Quintana Correa, fueron aprehendidos y condenados por esos hechos, solicitados en extradición, o se le planteó conflicto de jurisdicción por el Reino Unido de Gran Bretaña, en caso asertivo por qué razón no se enteró a las autoridades Colombianas de estas incidencias.

Y al Tribunal de la caribeña Isla Tórtola de la Jurisdicción del Reino Unido de Gran Bretaña para que certifique sobre lo siguiente:

-Si por los mismos hechos sentenció a los señores atrás aludidos, y si el Gobierno de los Estados Unidos de América los ha solicitado en extradición, o le ha planteado colisión de competencias, en caso afirmativo cuál fue la decisión adoptada.

- Y si dentro de la actuación se le atribuye participación al solicitado en extradición.

Con estas pruebas, dice la peticionaria, pretende demostrar que por el mismo delito en el Reino Unido de Gran Bretaña, fueron condenadas varias personas y su poderdante es procesado, situación que estima impediría la extradición al país reclamante, porque de disponerse violaría el principio del *non bis in idem*.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Ante todo, es preciso determinar que el pronunciamiento de la Sala se reducirá a la demanda de pruebas impetrada por la Dra. Judith Bonilla Esquivel, en virtud a que la solicitud elevada por el anterior apoderado se hizo dos días después de conferirse el nuevo poder. Por lo tanto, desde ya se dispone reconocer y tener a la abogada Judith Bonilla Esquivel como apoderada del señor Meléndez, en los términos y para los efectos previstos en el memorial poder.

2. De otro lado, esta Sala de la Corte ha reiterado, que las pruebas impetradas en el rito de extradición serán rechazadas cuando no conduz-

can al fundamento del concepto, sean prohibidas o ineficaces, versen sobre hechos notoriamente impertinentes, o sean manifiestamente superfluas, con arreglo a lo normado por el canon 250 del Código de Procedimiento Penal.

3. Ahora bien, es claro que los medios de prueba impetrados por la defensa, se orientan a demostrar que los hechos por los cuales el procesado es requerido en extradición por los Estados Unidos de América, originaron una actuación penal en la Isla Tórtola del Reino Unido de Gran Bretaña; situación que impediría su extradición, en virtud a que el Estado reclamante carecería de jurisdicción, y además por vulnerarse el principio del *non bis in idem;* pretensión que evidentemente se muestra impertinente e inconducentes frente a la naturaleza y al fundamento jurídico del concepto que la le ley exige a ésta Corporación.

En efecto, concebida la jurisdicción como la potestad que tienen los Estados de administrar justicia, estableciendo dentro de un proceso debido si se ha cometido un delito, quién es el responsable, y en tal caso aplicar una pena o medida de seguridad, es obvio que las pruebas pedidas se dirigen a enervar dicho poder en el Estado reclamante, aspiración que en el marco de este procedimiento desborda la competencia de la Sala, pues disponer su práctica implicaría una evidente intromisión en sus asuntos internos y un atentado contra su soberanía.

Sobre este tema la Sala en decisión del lo. de agosto de 1995 con ponencia del Mg. Dr. Edgar Saavedra Rojas, expresó:

"De esta manera, la interpretación sistemática de las preceptivas que orientan la aplicación de este instituto, conduce a concluir que la etapa probatoria tiene como finalidad, la de comprobar o desvirtuar la concurrencia de los presupuestos enunciados, precisamente porque ellos serán el sustento del concepto que más adelante habrá de emitir la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, siendo ese objetivo el que ha de enmarcar la conducencia y pertinencia de los elementos de convicción que se hayan de traer a la actuación.

"Tampoco se trata de la reanudación de debates probatorios o jurídicos adelantados por las autoridades extranjeras, pues es evidentemente lógico que el Estado colombiano no puede, a través de ninguno de sus funcionarios, inmiscuirse en las decisiones internas de otro Estado, ello implicaría, ni más ni menos que un atentado contra la soberanía del país requirente...

"Así mismo se observa la impertinencia e inconducencia de las pruebas pedidas con el fin de demostrar supuestos errores, irregularidades y nulidades que la defensora atribuye a las sentencias proferidas por los jueces italianos, y que pretenden demostrar la inocencia del sentenciado, por cuanto, las autoridades colombianas carecen de jurisdicción y competencia para debatir o revisar las decisiones judiciales adoptadas por el país requirente."

Además, como la pretensión no se orienta a demostrar la hipótesis prevista en el art. 565 del C. de P.P., el anhelo de acreditar en este rito, el supuesto desmedro del principio del *non bis in idem*, ninguna potencialidad tiene de enervar alguno de los fundamentos sobre los cuales la Sala debe cimentar su concepto, esto es, la validez formal de la documentación que acompaña la demanda de extradición, el principio de doble incriminación, la demostración cabal de la identidad del reclamado, y la equivalencia de la providencia proferida en el exterior; y cuya sede legítima para reclamar su efectividad no es otra que el proceso fuente de la petición.

En fin, estas razones bastan para que la Sala rechace las pruebas solicitadas por la defensa.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia;

RESUELVE:

1. Tiénese y reconócese a la abogada Judith Bonilla Esquivel como apoderada del solicitado en extradición Norberto Menéndez en los términos y para los efectos previstos en el poder incorporado últimamente al expediente.

2. Rechazar las pruebas solicitadas por la defensa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY

Tocante con el formalismo de la proposición jurídica, establecido en el numeral 3o. del artículo 225 del C. de P.P., que manda al demandante citar las normas consideradas infringidas al fundamentar la causal de casación que asume como fundamento legal de su reclamo, es de recordar que aquella está constituida por todos los preceptos que tengan incidencia en el punto controvertido, y será completa -tratándose de la violación de normas sustanciales, causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P.-, cuando la situación regulada por la sentencia depende de la confluencia de varias disposiciones sustanciales, las cuales deben denunciarse como vulneradas, esto, debido al imperio del principio de limitación en el recurso, que impide a la Corte revisar la sentencia por motivos y causales que el recurrente se abstenga de denunciar.

Mientras, como sucede en este concreto caso, los errores aducidos carezcan de la importancia requerida -cargo primero-, o no tengan efectiva ocurrencia, porque su planteamiento -cargo segundo- se oriente a repetir el superado debate procesal de las instancias mediante ponderaciones conceptuales o conjeturales de corte especulativo, el ***asunto rebasa el ámbito del recurso extraordinario por virtud del principio de limitación -artículo 228 C. de P. P.-, que impide al juez de casación ocuparse de causales distintas a las expresadas por el demandante; y, tienen este carácter todas las que sin relación causal con la anunciada, termina desarrollando el casacionista por fuera de errores susceptibles de enmienda a través de este medio impugnatorio.***

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., septiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Didimo Páez Velandia*

Proceso No. 11235

Aprobado Acta No.141

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida el 3 de agosto de 1995 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en la cual, por confirmación de la de primera instancia se condena a Gustavo Hernández Lizarazo a la pena principal de dos años de prisión, multa de un mil pesos y suspensión en el oficio de conductor de vehículo automotor por el mismo lapso y a la accesoria correspondiente, en calidad de autor responsable a título de culpa del delito de homicidio en accidente de tránsito, en la persona de Juan Carlos Góngora.

Hechos y Actuación Procesal

El 11 de agosto de 1992 hacia las 3:30 de la tarde, en el municipio de Flandes, intersección de la carrera 9a. con la carretera que de Girardot conduce a El Espinal, sitio denominado "Los Garajes", fue atropellado el médico Juan Carlos Góngora, por la camioneta marca Chevrolet Luv, tipo furgón de placas BAP-172, conducida por Gustavo Hernández Lizarazo, que por esa vía transitaba hacia la ciudad de Ibagué, causándole lesiones que a pocos minutos determinaron su deceso.

En el incidente, el citado vehículo desvió ligeramente hacia la izquierda, rozó la carrocería de la tractomula de placas SV-0376 conducida por Pablo Emilio Villa que se movilizaba en sentido contrario, quien a su vez, tratando de esquivar el golpe desvió su automotor y colisionó con la parte trasera del bus urbano de placas SS-5714 que conducía Julio César Garnica.

A consecuencia de esta cadena de episodios las autoridades de Policía capturaron a todos los conductores mencionados, así como al de la camioneta de la firma "Familia", Nolberto Madrid, de placas HL-6628 pero iniciada que fue la investigación de los hechos y oídos todos en indagatoria, solo el primero continuó vinculado al proceso porque en relación con los demás se precluyó instrucción en la misma providencia calificatoria.

Hernández Lizarazo fue comprometido en juicio según resolución de acusación del 20 de septiembre de 1993 por el delito de homicidio culposo (fols. 65-81 cd. ppl. 2); y rituada la fase del plenario, por el mismo hecho punible condenado a las penas mencionadas, pues el Tribunal Superior del Distrito al desatar la apelación interpuesta simultáneamente por la defensa y la parte civil, confirmó el fallo de primera instancia. (fols. 384-412 cd. ppl. 2 y cd.Tr.).

También inconforme con el fallo *ad quem*, la defensa interpuso el recurso extraordinario que ocupa la atención de la Sala, cuya demanda la Corte admitió en su oportunidad.

La Demanda

Dos cargos, ambos con apoyo legal en el numeral 1o. del artículo 220 del C. de P.P., formula el censor a la sentencia de segundo grado, que con-

sidera violatoria, en forma indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 37, 52, 61, 67, 68, 69 y 329 del C.P. y por falta de aplicación del artículo 40-1 del mismo Estatuto, debido a los errores por falso juicio de existencia y por falso juicio de identidad en que incurrió el Tribunal en la evaluación de la prueba. Así expone su pensamiento:

Cargo Primero. El Tribunal dejó de apreciar: a) El informe del accidente de tránsito suscrito y ratificado por el dragoneante Cristiano Salvador, de folios 1 y 2 del cuaderno original 1; b) La inspección judicial practicada con intervención de peritos al vehículo conducido por el procesado -de placa BAP- 172- y al distinguido con placas HL-6628, obrante a folios 102-104 del cuaderno 1; c) La prueba documental constituida por el álbum de 15 fotografías tomadas a los vehículos confluentes en el sitio y a la hora del accidente; d) El testimonio del agente Héctor David Castellanos; e) El dictamen del perito Domingo Peña Guzmán; f). La prueba documental consistente en el álbum fotográfico y el plano ilustrativo del accidente, de folios 352 a 389 del cuaderno 1, y; g). El complemento del aludido dictamen rendido por Domingo Peña Guzmán.

Reitera que el Tribunal dejó de apreciar el informe sobre el accidente de tránsito firmado por el agente Salvador, en el que se atribuía al occiso la conducta de haber "cruzado la vía sin observar qué vehículos venían", y considera que de haberlo evaluado, habría absuelto al procesado, así mismo, de haber apreciado la inspección judicial al vehículo conducido por el procesado, el Tribunal se habría percatado de que el automotor no presentaba abolladura alguna por su porte frontal, sino por el lado del guardabarro derecho delantero, "demostrativo de que el peatón se estrelló lateralmente contra el vehículo". Abundando en el tema conjetura extensamente interpretando esta prueba, actitud que también asume para arribar a idéntica conclusión al referirse al álbum fotográfico que dice obra a folios 188-196 del cuaderno 1.

Refiriéndose a la omisión apreciativa del testimonio del agente Héctor David Castellanos en relación con el intento de cruce de la vía por el occiso sin verificar la proximidad de vehículos,y al hecho de que da cuenta de no existir en el sitio del accidente señal de tránsito, concluye que si la prueba hubiera sido evaluada, el fallador no habría arribado a la conclusión a que llegó y se habría convencido de que el procesado "no violó ningún reglamento o norma de tránsito". Además, si hubiera analizado el peritaje suscrito por Domingo Peña y su ampliación, se habría dado cuenta de que la velocidad permitida por el sitio de los hechos era de 60 k/h, que a esa velocidad es imposible parar instantáneamente, y, no habría concluido que el procesado se desplazaba a velocidad superior a la permitida.

Añade que si el Tribunal hubiera examinado la prueba documental fotográfica y el plano del accidente, se habría dado cuenta de que mientras algunos testigos ubicaron al occiso en el área de la berma hacia El Espinal,

muy cerca de la línea de la carretera, otros lo situaron cruzando la vía para dirigirse aparentemente en dirección contraria, esto es, hacia Girardot.

Como corolario de sus apreciaciones asevera que el error del Tribunal le impidió convencerse de que su patrocinado en ninguna forma de culpa incurrió en la conducción del vehículo; que la víctima atravesó imprudentemente la vía; que el acusado no fue quien atropelló al occiso, sino que fue éste quien "colisionó contra la máquina". Finalizando advierte que las pruebas referidas son suficientes "para hacer cambiar el sentido de la sentencia" y que por consiguiente, la Corte debe casar el fallo y en sustitución proferir uno absolutorio.

Cargo Segundo. El fallador, en su estudio contenido en la sentencia tergiversó las pruebas que sirvieron de fundamento a su decisión. Luego de transcribir fragmentos de los puntos de apoyo de la sentencia del Tribunal y de la del Juzgado, afirmando que ésta fue asumida como propia en sus reflexiones por el *ad quem*, anota que éste "le restó importancia" a las declaraciones de William Castellanos, Telésforo Aldana y Orlando Cano, por carecer de veracidad y de imparcialidad; como también -precisa-, "conforme a las reglas de la sana crítica le restó importancia a la inspección judicial, igualmente por falta de imparcialidad; pero que contrariamente, "si le dio credibilidad, conforme a las reglas de la sana crítica, y las apreció" a numerosas pruebas: el acta de levantamiento, la necropsia, el registro civil de defunción, las indagatorias de Gustavo Hernández, Julio César Garnica, y Pablo Emilio Villa, así como a los testimonios de Jaime Figueroa, Alvaro Monroy, Antonio Lugo, Carmen Sabogal, Mercedes Gutiérrez, Arturo Hernández y Alfonso Ramírez, y, a los indicios de mentira y mala justificación.

Luego de transcribir fragmentos de las indagatorias y los testimonios últimamente relacionados, concluye que ninguno de estos deponentes afirmó que el procesado atropelló con su vehículo al occiso, y menos aún, que el conductor viró a la derecha para atropellarlo", puntualizando: ".. esto es sencillamente, adulterar el contenido de las probanzas".

También, dice, tergiversó la indagatoria de Pablo Emilio Villa, porque aunque éste en principio dijo no poder precisar la velocidad del carro conducido por el procesado, después la calculó en 70 u 80 k/h., el Tribunal dio por establecido que la velocidad del dicho rodante al momento del accidente era efectivamente ésta. De igual manera, distorsionó el testimonio "del conductor del bus" al concluir que el médico no se disponía a atravesar la vía para dirigirse a Girardot sino que estaba a la espera de movilizarse en dirección a El Espinal, como lo afirmaron sus compañeras de trabajo Mercedes Gutiérrez y Carmen Sabogal -a quienes así se lo había manifestado-, pues según la inferencia del censor, el occiso bien pudo cambiar de idea y tratar de cruzar la vía, ocurriendo así el atropellamiento.

En su muy subjetivo estudio de las pruebas, añade que las recaudadas se pueden dividir en dos grupos: las que avalan la posibilidad de que el occiso se dispusiese a cruzar la vía cuando fue atropellado, y las que acogió el Tribunal para dar por sentado que éste se hallaba a la espera de trasladarse a El Espinal, hacia donde también se dirigía la camioneta del procesado; y considera que aquellas probanzas, que fueron las desechadas por el Tribunal, son las merecedoras de crédito, y no las del segundo grupo, a las que el fallador distorsionó para conferirles un contenido irreal y así sustentar la condena.

Objeta igualmente el proceso lógico de extracción de los indicios de mentira y de mala justificación, para dar por establecidos la alta velocidad de la camioneta conducida por el procesado, el golpe de ésta al occiso, la prudencia de éste para comportarse en una vía que conocía bien y, la correlativa culpa del conductor, cuestiones todas, -precisa- negadas por éste en su declaración indagatoria.

Reiterando resumidamente su discurso y la incidencia de los alegados errores demanda finalmente la casación, para que en reemplazo la Corte absuelva a su poderdante.

El Ministerio Público

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal se opone a la pretensión del censor, pues encuentra, no solo que la demanda se halla confeccionada sin observancia de elementales pautas de la técnica casacional, sino que carece de razón en los reparos que la conforman.

Opina el funcionario, en primer término, que la proposición jurídica se halla estructurada incorrectamente porque incluye normas sustanciales que no guardan relación con el caso concreto y a las que tampoco se refiere el censor para demostrar los supuestos de su alegación; además, que no acredita la causal de inculpabilidad que afirma inaplicada; estima con extenso razonamiento, que en la demostración de los dos reparos de la demanda, el discurso termina simplemente ofreciendo la versión de los hechos conforme al criterio particular del demandante, con la pretensión de oponerlo al del fallador, sin demostrar la incidencia en el fallo de los errores por falta de valoración de las pruebas a que se refiere en el primer cargo. Y en cuanto a lo esencial de las censuras, aunque le otorga también la razón al casacionista en una de las glosas del segundo cargo, que afirma la distorsión de la prueba por el fallador al afirmar que la camioneta conducida por el procesado viró primero a la derecha siendo así como atropelló al occiso y luego a la izquierda, considera que el yerro carece de la trascendencia que el demandante le confiere, y concluye que la apreciación probatoria de la sentencia se ajustó al principio de la crítica racional, bajo cuya égida ponderó todos los elementos de juicio analizados, que le

permitieron imputar la responsabilidad culposa al procesado e impartir la condena en los términos conocidos.

Sobre estas bases, es partidario de que se mantenga la sentencia acusada.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Carece de vocación de prosperidad la demanda pero no ciertamente por error de forma en la estructuración de la proposición jurídica, como así lo afirma el Ministerio Público en una de sus glosas -que la Corte no comparte-, sino porque el profesional signatario, olvida el deber de demostrar la trascendencia en el fallo, de los errores de omisión probatoria que alega, y porque en últimas convierte la pretendida demostración de ambos reparos, en un círculo vicioso de especulaciones, en el que rechaza, apoyado en su personal criterio sobre credibilidad e importancia de la prueba, las consideraciones probatorias del sentenciador que se encuentran vertidas con fundamento en el artículo 254 del C. de P.P., como el mismo profesional lo reconoce al referirse a las pruebas que fueron apreciadas por el fallador.

Tocante con el formalismo de la proposición jurídica, establecido en el numeral 3o. del artículo 225 del C. de P.P., que manda al demandante citar las normas consideradas infringidas al fundamentar la causal de casación que asume como fundamento legal de su reclamo, es de recordar que aquella está constituida por todos los preceptos que tengan incidencia en el punto controvertido, y será completa -tratándose de la violación de normas sustanciales, causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P.-, cuando la situación regulada por la sentencia depende de la confluencia de varias disposiciones sustanciales, las cuales deben denunciarse como vulneradas, esto, debido al imperio del principio de limitación en el recurso, que impide a la Corte revisar la sentencia por motivos y causales que el recurrente se abstenga de denunciar.

En el caso presente, el casacionista propugna por la absolución de su cliente bajo el postulado de que su actuar estuvo determinado por una causal de inculpabilidad. Vale decir, objeta la condena por el delito que se le imputó y sus consecuencias penales, lo que implica que la proposición jurídica del planteamiento, acusando la sentencia por aplicación indebida de los artículos 37, 32, 61, 67, 68, 69 y 329 del C.P. y por falta de aplicación del artículo 40-1 del mismo Estatuto, es correcta, pues todas estas disposiciones inciden en el punto de controversia, como que una condena por delito de homicidio culposo involucra la figura típica del hecho punible, su forma de responsabilidad y la consecuente punibilidad, normas aplicadas, aunque no necesariamente mencionadas por el sentenciador, debido a la inaplicación de cualquier motivo de absolución.

Pero dejando de lado el tema del formalismo en comentario, que el actor debe consolidar con la correspondiente demostración de las transgresiones que aduce, es lo cierto que en lo intrínseco, cada una de las censuras deviene en fracaso.

En efecto. En el cargo primero relaciona el actor una serie de pruebas que efectivamente el sentenciador dejó de apreciar, mientras que en el cargo segundo, enlista las que sí fueron objeto de estudio y ponderación, afirmando que éstas fueron distorsionadas en su contenido para estructurar los elementos necesarios a la condena; pero en ambos reparos, lo que subyace es un tenaz y muy comprensible esfuerzo del demandante por configurar una realidad fáctica diferente de la que el fallador dedujo en su apreciación probatoria, a partir de su propio y personal análisis de los elementos de juicio en su totalidad, pero omitiendo demostrar la trascendencia de los falsos juicios de existencia, y exorbitando el alcance del contenido de las pruebas referidas en el segundo reparo, en procura de acreditar una tergiversación que jamás llegó a ocurrir, todo lo cual traduce, como así lo expresa con acierto el Procurador, simplemente el deseo de hacer prevalecer de manera inadmisible su propio criterio probatorio sobre el del Tribunal.

Del cúmulo probatorio allegado, el fallador asumió como conducentes y necesarios al esclarecimiento de los hechos y la fijación de responsabilidad, los elementos de juicio más representativos para formarse un juicio lo más ajustado posible a la verdad, entre los que contaron pruebas tanto de favor como de disfavor al procesado, dejando, tal como lo glosa el actor, de analizar algunos, que, por lo que refleja su estudio a instancia de la demanda, carecen de las connotaciones disculpantes que les atribuye el actor y respecto de los cuales, por lo tanto, su omisión en la sentencia deviene intrascendente, como enseguida se verá.

En sentir del casacionista la prueba omitida demostraba la imprudente actitud del occiso al lanzarse a la carretera para tratar de tomar en el costado contrario a donde él se hallaba, un bus de servicio urbano que lo conduciría a Girardot, yendo entonces a estrellar su inerme cuerpo con el guardabarro del costado derecho del vehículo que conducía el acusado en su tránsito hacia El Espinal, causándole las abolladuras captadas en la inspección judicial. También acreditarían que la velocidad de desplazamiento del automotor era la permitida en el sector urbano en donde ocurrió el accidente y la ausencia de señal de tránsito que indicara la velocidad autorizada por el sector, vale decir, con esas pruebas, la conclusión inevitable era que el procesado no actuó con la culpa que se le atribuyó, sino bajo la causal de inculpabilidad del numeral 1° del artículo 40 del C.P. por lo que debió ser absuelto.

Observa la Corte que el informe del agente de tránsito Cristiano Salvador anejo al croquis levantado por otro de esos funcionarios, Héctor Caste-

llanos, fue elaborado posteriormente a la ocurrencia de los hechos, y que la primigenia explicación de la causa del accidente provino del propio procesado y consistió en que una camioneta que transitaba en contravía lo había cerrado; así lo advierten las referencias del croquis. No indica el agente Salvador el origen de su anotación de que el peatón se lanzó sin precauciones a la vía, y tampoco en su declaración el agente Castellanos señaló esa fuente. (fols. 5 y 293 y ss. cd. 1).

Otras de las pruebas omitidas, esto es, la inspección judicial al vehículo y los compendios fotográficos de que habla el actor, son apenas corroborativas de los aspectos materiales del daño recibido por el vehículo en su embestida a la víctima, mientras que el dictamen rendido por el perito Domingo Peña condensa hipótesis que para el Juez deben ser analizadas a la luz de la sana crítica, sin que sea imperativo plegarse a ellas.

Evidente la falta de trascendencia del yerro denunciado, fluye irremisible, la improsperidad de este primer cargo.

Es que frente al ignorado acopio probatorio, el proceso contaba para su definición con un volumen de pruebas también legalmente allegadas, que explicaban de manera coherente y racional lo sucedido y desmoronaban la excusa del procesado respaldada por algunos testimonios sobre la causa del accidente y su responsabilidad, siendo a ellas a las que el sentenciador dedicó su atención, en un bien fundado y serio estudio, del que solo puede objetarse el silencio glosado en el primer cargo.

Suerte pareja a la del anterior, acompaña al segundo cargo, en el que la inconformidad del censor se manifiesta porque según su criterio, el sentenciador distorsionó el contenido de las pruebas que analizó, para hacerles decir lo que no dijeron y así terminar condenando al procesado.

Advirtiendo que el Tribunal prohijó en su totalidad el análisis probatorio del Juzgado para confirmar su sentencia, afirma que éste consignó un "horroroso dislate" al inferir que el sitio y la clase de abolladuras que la camioneta del accidente recibió en el impacto con el cuerpo del occiso indicaba que el automotor desvió hacia la derecha y atropelló al peatón que se hallaba parado "sobre la berma". En la creencia de que el fallo realmente contiene el error denunciado, porque la prueba considerada no refiere ese posible viraje luego del cual el vehículo de los hechos se fue hacia la izquierda y rozó la carrocería del tractocamión que en sentido contrario se desplazaba, la Procuraduría admite como cierto el yerro, aunque puntualizando su intrascendencia.

En pro de la verdad, advierte la Corte que en ningún momento el fallador incurrió en el yerro de distorsión textual que el censor afirma sin fijarlo en una concreta prueba y que el Ministerio Público acoge como acaecido.

El Juez incluyó entre la prueba considerada el testimonio de Arturo Hernández Guzmán, quien relató lo que percibió en estos términos:

"El occiso estaba fuera de la carretera, parado en un altico de tierra que quedo ahi, carril derecho dirección al Espinal, unas personas dijeron que estaba esperando un bus .."

..

"Como manifeste antes el occiso estaba en terremotico (sic) de tierra fuera de la carretera como a unos cuarenta centimetros, en actitud de coger bus ..". (fols. 199-200 cd. ppl. 1).

Si, como en efecto acaeció, ocurrido el atropellamiento del peatón, el mismo automotor fue dirigido hacia la izquierda, siendo así como impactó tangencialmente la carrocería del tractocamión que se movilizaba en sentido contrario, la inferencia del Juzgado que el casacionista cataloga de "horroroso dislate", responde a una racional ponderación de la prueba referida, no a la distorsión de su contenido material, vale decir, el falso juicio de identidad en comentario, no ocurrió.

Tampoco error de esa naturaleza afectó el estudio de los restantes elementos de juicio, mientras que, de la singular manera de asumir el profesional los hechos, se patentiza simplemente su disconformidad con el enfoque que a las mismas otorgó el fallador.

Es así como se queja de que "el sentenciador le restó importancia" a las declaraciones de William Castellanos, Telésforo Aldana y Orlando Cano por considerarlas inveraces, pero admite que en uso del principio de la crítica racional, el juez "le restó importancia a la inspección judicial" por ser parcializada su práctica, y desestimó el croquis levantado por la autoridad de tránsito por no incluir la camioneta conducida por el procesado, al haber sido retirada por él del sitio de los hechos.

También admite el profesional que el crédito conferido por el fallador a las restantes pruebas directas que examinó, devino del estudio realizado bajo "las reglas de la sana crítica", y que los indicios de mentira y mala justificación que también tomó como pilares de la decisión, igualmente resultaron de la ponderación de la prueba en esas condiciones, vale decir, acepta palmariamente, que las deducciones judiciales fueron el resultado de un análisis conjunto, lógica y racionalmente realizado.

La inconsistencia del discurso es real, si se observa cómo, en su explicable afán por invertir el atributo de la credibilidad dada por el juzgador a la prueba de cargo, el casacionista efectúa un rastreo de los fragmentos de los distintos testimonios estudiados en el fallo, que interpreta a su manera, para terminar deduciendo, según su personal criterio al respecto, una objetividad fáctica conforme a su interés, diversa a la que es materia de la sentencia, pero no surgida de la incursión judicial en errores de la clase

que pregona, sino de un parecer meramente conjetural, que deja a la Corte por fuera del debate, en la medida en que sin la demostración de esos errores, que son los que constituyen la causal de casación invocada, ella no puede torpedear la apreciación probatoria del juez de las instancias sin incurrir en grave irregularidad por imponer a su arbitrio el criterio del demandante sobre el de la decisión judicial de las instancias, amparada como se sabe, por la doble presunción de acierto y de legalidad.

Para desmontar por vía casacional las bases probatorias de la sentencia demandada, innúmeras veces lo ha recordado la jurisprudencia y así lo entienden los teóricos de la materia casacional, es imperativo que el demandante extracte los errores objetivos de hecho o de derecho que afectan el aspecto probatorio de esa sentencia en cada uno de los elementos de juicio incidentes, y que demuestre su trascendencia, vale decir, su eficacia para deshacer o modificar el sentido o/y alcance de esa decisión.

Mientras, como sucede en este concreto caso, los errores aducidos carezcan de la importancia requerida -cargo primero-, o no tengan efectiva ocurrencia, porque su planteamiento -cargo segundo- se oriente a repetir el superado debate procesal de las instancias mediante ponderaciones conceptuales o conjeturales de corte especulativo, el asunto rebasa el ámbito del recurso extraordinario por virtud del principio de limitación -artículo 228 C. de P. P.-, que impide al juez de casación ocuparse de causales distintas a las expresadas por el demandante; y, tienen este carácter todas las que sin relación causal con la anunciada, termina desarrollando el casacionista por fuera de errores susceptibles de enmienda a través de este medio impugnatorio.

Cumple pues, afirmar que este cargo tampoco prospera.

En mérito, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, oído y parcialmente acogido el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida. En firme, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

EXTRADICION

En anterior oportunidad la Corte se ocupó de analizar el asunto en orden a brindar claridad sobre el alcance que debía dársele al citado acto legislativo, y concluyó que la excepción de no retroactividad de la extradición, prevista en el último inciso del artículo 35 de la Carta Política, cobija solamente a los colombianos por nacimiento, no así a los extranjeros, respecto de quienes la única limitante para concederla es que el hecho imputado en el país que la solicita, corresponda a aquellos comportamientos definidos como delitos políticos (Cfr. Concepto de Extradición, abril 16/98. M. P. Dr. Córdoba Poveda).

Arribó a esta conclusión luego de estudiar la evolución histórica de la institución y los antecedentes que precedieron la expedición del Acto Legislativo Número 01 de 1997, encontrándose que por parte alguna se llegó siquiera a considerar por el órgano constituyente la posibilidad de restringir la extradición de ciudadanos extranjeros, salvo la limitación ya existente relacionada con la prohibición de dar aplicación al instrumento cuando el hecho que la motiva corresponda a delitos políticos.

En esa medida, queda claro, entonces, que el aludido acto reformatorio del artículo 35 de la Constitución Política, no excluyó la posibilidad de extraditar extranjeros por delitos comunes cometidos antes del 17 de diciembre de 1997.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Proceso No. 13394

Aprobado acta No. 141

Conceptúa la Corte sobre la solicitud de extradición del ciudadano italiano Nirta Domenico, formalizada por el Gobierno de su país de origen.

1. La Solicitud

1.1. El Gobierno de la República de Italia, por conducto de su Embajada en Colombia, mediante Nota Verbal No. 1041 de 7 de abril de 1997, informa al Ministerio de Relaciones Exteriores que la Fiscalía General de la República ante el Tribunal de Apelación de Turin ha dispuesto orden de encarcelamiento contra el ciudadano italiano Nirta Domenico, por el delito de "asociación dirigida al tráfico de estupefacientes, por el que tiene que descontar 5 años y seis meses de prisión". En tal virtud solicita del Gobierno Colombiano la búsqueda y detención provisional con fines de extradición del requerido (fol. 36).

En apoyo de la petición allegó copia de la providencia, debidamente traducida al idioma español, emitida el 27 de marzo de 1995 por la Quinta Sección Penal del Tribunal de Turín, mediante la cual impone la medida de detención preventiva contra Nirta Domenico y otros, a quienes se acusa "del delito previsto por los artículos 81 2do. párrafo, 110 CP, 71 L. 685/75, 73 DPR 309/90 porque, en complicidad entre ellos y con terceras personas hasta ahora no identificadas, con más acciones en ejecución del mismo plan criminal, con aportaciones diversas de toda manera convergentes, adquirían y recibían de las personas indicadas al punto A) (el dicho grupo Sergi) cantidades de heroína cada vez de aproximadamente 500 gramos, retirando, en media, dos provisiones cada mes, que después transportaban, cedían a terceras personas y de toda manera ilícitamente al fin de la venta. Hechos cometidos en Corsico, Buccinasco, Milán, Cesano Boscone y zonas limítrofes hasta época próxima al verano de 1990" (fols. 29 y ss.).

Mediante Nota Verbal número 1066 de la misma fecha de la anteriormente referida, la Embajada de Italia complementó la información, aclarando que contra el señor Nirta Domenico, nacido en Aosta el 30 de junio de 1959, buscado por las autoridades de su país, se profirió sentencia condenándolo a "descontar 7 años y seis meses de prisión (reducidos a 5 años y 6 meses por condonación) por el delito de asociación dirigida al tráfico de estupefacientes", reiterando a estos efectos, la solicitud de detención preventiva con fines de extradición (fol. 2).

Y, con Nota Verbal Número 1068 del 8 de abril de 1997, la Embajada de Italia allegó fotocopia del Pasaporte Número 330376A expedido a nombre de Nirta Domenico por la Questura Di Aosta (Italia) el 7 de noviembre de 1991, e informó que el requerido en extradición reside en la Calle del Bouquet Número 28-83, Apartamento 402, de Manga (Cartagena- Colombia) (fol. 5).

1.2. De la solicitud de captura y los documentos referidos, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia dio traslado al Ministerio de Justicia y del Derecho, y éste, a su vez, al Fiscal General de la Nación, quien, mediante Resolución de 9 de abril de 1997, decretó la captura con

fines de extradición del ciudadano italiano Nirta Domenico (fol. 10), la que se llevó a cabo el 9 de abril del mismo año en la ciudad de Cartagena (fol. 22).

1.3. Con Nota Verbal número 1796 del 4 de junio de 1997, la Embajada de Italia hizo llegar al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, la documentación con la cual se formaliza la solicitud de extradición del referido ciudadano italiano, emitida por la Fiscalía General de la República ante el Tribunal de Apelación de Turín.

Para tales efectos, anexa los siguientes documentos debidamente traducidos y legalizados por el Consulado de Colombia en Milán:

1.3.1. Solicitud de búsqueda en el campo internacional de Nirta Domenico, suscrita por el Fiscal de la República de Italia ante el Tribunal de Turín. (fol. 97).

1.3.2. Copia de la providencia ya referida, expedida el 27 de marzo de 1995 por la Quinta Sección Penal del Tribunal de Turín, mediante la cual ordena la medida de prisión preventiva contra Nirta Domenico y otros (fols. 95 y ss).

1.3.3. Parte dispositiva de la sentencia proferida el 10 de marzo de 1996, por la Quinta Sección Penal del Tribunal de Turín, mediante la cual declara a "Nirta Domenico culpable del delito de que es acusado, limitadamente su conducta en el período desde 1987 hasta mitad de 1989, y excluida la agravante prevista al artículo 74, 1er. párrafo n. 2 L. 685/75, lo condena a la pena de reclusión de 7 años y seis meses y de la multa de 25 millones de liras".

"Vistos los artículos 1 y siguientes DPR 394/90, declara redimidos dos años de reclusión y 10 millones de liras de multa de la pena arriba infligida a Nirta Domenico" (fols. 89 y ss.).

1.3.4. Parte dispositiva del fallo de segunda instancia proferido el 20 de febrero de 1997 por la Primera Sección Penal del Tribunal de Apelación de Turín, mediante el cual "confirma la condena de Nirta Domenico por el delito al punto R), otorgadas las atenuantes genéricas, determina la pena por este acusado en cinco años y 6 meses de reclusión y 15.000.000 de multa" y "confirma en lo restante la sentencia emitida el 10.3.1996 por el Tribunal de Turín" (fol. 87).

1.3.5. De los artículos 81, 110, 157, 158, 159, 160 y 161 del Código Penal Italiano, 71 de la Ley 685 del 22 de diciembre de 1975 y 73 del DPR 309 de 1990 (L. 26 de junio de 1990) (fols. 85 y ss.).

1.4. De acuerdo con lo previsto por el artículo 552 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Relaciones Exteriores dio traslado de la documentación al Ministerio de Justicia y del Derecho y conceptuó, además, que "al no existir Tratado de Extradición entre los dos países, deberá procederse de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal" (fol. 121).

2. Pruebas Allegadas Durante el Trámite de Extradición

2.1. Copia autenticada del informe suscrito el 10 de abril de 1997 por el Jefe de la Oficina de Interpol en Colombia, en el que da cuenta de la captura con fines de extradición en la ciudad de Cartagena, del ciudadano de nacionalidad italiana Nirta Domenico, quien nació el 30 de junio de 1959 y se identifica con la cédula de extranjería número 257112; anexa, igualmente, acta de los derechos del capturado, acta de notificación de la orden de captura expedida en su contra, fotocopia del cotejo decadactilar, fotocopia de la cédula de extranjería, fotocopia de la tarjeta decadactilar del mencionado y fotocopia del pasaporte número 330376A, entre otros (fols. 10 y ss. cno. Corte).

2.2. El Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, efectuó la traducción integral del documento suscrito por el Procurador General de la República de Italia, y sus anexos; dirigido al Ministerio de Gracia y Justicia, mediante el cual "remite en copia doble conforme al original el extracto de la sentencia de 20.2.1997 pronunciada por la Sala de Apelación de Turín en enmienda parcial de la sentencia de 10.3.1996 del Tribunal de Turín, con la cual se ha vuelto a determinar la pena en 5 años y 6 meses de reclusión y multa de 15 millones de liras, confirmando el perdón por D.P.R. 394/90", en relación con el requerido en extradición señor Nirta Domenico (fols. 82 y ss. cno. Corte).

2.3. Mediante Nota Verbal número 2178 del 12 de agosto del corriente año, la Embajada de Italia remite al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y éste a la Corte, "la documentación integrativa y en particular las copias integrales (con relativa traducción en idioma español, de las partes concernientes solamente a Domenico Nirta), de la Sentencia de Primera Instancia, proferida el 10 de marzo de 1996 por la Quinta sección Penal del Tribunal de Turín y de la Sentencia de Segunda Instancia proferida el 20 de febrero de 1997, por la Primera Sección Penal del Tribunal de Apelación de Turín", debidamente legalizada ante el Consulado de Colombia en Roma (fols. 159 y ss. cno. Corte y 1 y ss. anexos 1 y 2).

2.4. En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 555 del Código de Procedimiento Penal, el Ministerio de Justicia y del Derecho remitió a esta Corporación la solicitud de extradición del ciudadano italiano señor Nirta Domenico.

3. Solicitud del Defensor

Por escrito, el defensor del requerido en extradición señor Nirta Domenico, solicita no proseguir el trámite de la actuación a cargo de la Corte, por considerar que con la expedición del acto Legislativo número 01 de 1997, mediante el cual se modificó el artículo 35 de la Constitución Política, se "prohíbe expresamente la extradición (sin diferenciación de nacionales o extranjeros) por hechos anteriores a la promulgación de dicho estatuto" y, en el caso de su asistido, los hechos imputados tuvieron

realización con anterioridad al año de 1989, con lo cual resultaría "inocuo" proseguir el trámite, "cuando de antemano se conoce sus resultas y se debe obedecer el mandato constitucional" (fols. 11 y ss. cno. Corte).

4. Alegatos de Conclusión

Antes de empezar a correr el término previsto por el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal (fol. 165), el defensor (único sujeto procesal que alegó de conclusión), se anticipó a solicitar de la Corte concepto negativo a la solicitud de extradición de su asistido, por considerar que no se cumplen los presupuestos establecidos por el artículo 551 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que es requisito indispensable allegar copia o transcripción auténtica de la sentencia, o de la resolución de acusación o su equivalente, lo cual no ocurrió en el presente ya que los extractos de las sentencias con los cuales se formalizó la solicitud no permiten establecer con certeza "a que fue condenado mi procurado, que fue aportada la parte que resulta lesiva al requerido, pero no la parte que le concedía otros beneficios de descuento de pena y que la situaba inclusive fuera del límite, que como requisito cuantitativo señala nuestro ordenamiento procedimental como mínimo para ser extraditado".

Sostiene igualmente que tampoco fue aportado el D.P.R 934 de 1990, mediante el cual se conceden beneficios de indulto en ciertas condiciones y cantidades específicas de pena, que para el caso de su asistido fue de dos años, el cual fue reconocido en la sentencia de primer grado como beneficio accesorio a la condena, "como cuando en nuestro ordenamiento un Juez de la República en la parte final de una sentencia concede una gracia como por ejemplo una condena de ejecución condicional".

Al haber sido apelada la sentencia de primer grado, la pena fue disminuida en dos años por no habérsele reconocido en primera instancia los atenuantes genéricos, reduciendo de siete años y seis meses, a cinco años y seis meses de prisión, confirmando en sus restantes partes la providencia recurrida, incluyendo el indulto de dos años de prisión, con lo cual resulta una pena de tres años y seis meses, siendo ésta la que su cliente debe descontar en prisión.

Considera además, que la documentación remitida por el Gobierno Italiano "carece de toda autenticación y legalización correspondiente para uso internacional, sobre todas sus firmas, sus folios y su traducción", lo que prácticamente la hace inexistente y de poco o ningún valor probatorio.

Alude, finalmente, que el concepto debe ser desfavorable toda vez que la solicitud se funda en una condena a tres años de prisión, cuando la legislación interna exige, como mínimo, que la pena no sea inferior a cuatro años (fols. 160 y ss.).

SE CONSIDERA:

1. A falta de tratado público de extradición entre la República de Colombia y el Gobierno de Italia, ha de procederse de conformidad con lo establecido por el Código de Procedimiento Penal, según lo certifica el Ministerio de Relaciones Exteriores (fol. 121) y lo preceptúa el artículo 17 del Código Penal.

2. La Corte, en ejercicio de su competencia a estos efectos atribuida por los artículos 548 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, debe emitir su concepto con fundamento en la validez formal de la documentación presentada, la demostración plena de la identidad del solicitado, el principio de la doble incriminación, la equivalencia de la resolución proferida en el país requirente y, cuando fuere el caso, en el cumplimiento de lo dispuesto por los tratados públicos.

En el orden enunciado se abordará el estudio de cada uno de estos aspectos, no sin dejar de responder la inquietud propuesta por el defensor del requerido señor Nirta Domenico, sobre la inutilidad del trámite por razón de la reforma constitucional en materia de extradición recientemente introducida.

2.1. Cuestión Previa

La preocupación del defensor se centra en que se trata de delitos cometidos con anterioridad a la puesta en vigencia del Acto Legislativo Número 01 de 1997, mediante el cual se reformó el artículo 35 de la Constitución Política, y, que en esa medida no es viable que la Corte se ocupe de proseguir el trámite.

El nuevo artículo 35 de la Carta Política precisa:

"La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley.

"Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana. La ley reglamentará la materia.

"La extradición no procederá por delitos políticos.

"No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma" (Se resalta).

El texto en negrillas fue el que generó no pocas suspicacias en relación con la posibilidad de tramitar las solicitudes de extradición de ciudadanos extranjeros, por hechos cometidos con anterioridad al 17 de diciembre de 1997, fecha en que se promulgó la citada reforma constitucional.

En anterior oportunidad la Corte se ocupó de analizar el asunto en orden a brindar claridad sobre el alcance que debía dársele al citado Acto Legislativo, y concluyó que la excepción de no retroactividad de la extradición, prevista en el último inciso del artículo 35 de la Carta Política, cobija

solamente a los colombianos por nacimiento, no así a los extranjeros, respecto de quienes la única limitante para concederla es que el hecho imputado en el país que la solicita, corresponda a aquellos comportamientos definidos como delitos políticos (Cfr. Concepto de Extradición, abril 16/98. M. P. Dr. Córdoba Poveda).

Arribó a esta conclusión luego de estudiar la evolución histórica de la institución y los antecedentes que precedieron la expedición del Acto Legislativo Número 01 de 1997, encontrándose que por parte alguna se llegó siquiera a considerar por el órgano constituyente la posibilidad de restringir la extradición de ciudadanos extranjeros, salvo la limitación ya existente relacionada con la prohibición de dar aplicación al instrumento cuando el hecho que la motiva corresponda a delitos políticos.

En esa medida, queda claro, entonces, que el aludido acto reformatorio del artículo 35 de la Constitución Política, no excluyó la posibilidad de extraditar extranjeros por delitos comunes cometidos antes del 17 de diciembre de 1997, razón por la que procede analizar los requisitos establecidos para emitir concepto sobre la solicitud de extradición del ciudadano italiano señor Nirta Domenico, presentada por el Gobierno de Italia.

2.2. Validez Formal de los Documentos Presentados

Los documentos allegados por la Embajada de Italia, relacionados con el auto proferido el 27 de marzo de 1995 por la Quinta Sección Penal del Tribunal de Turín, mediante el cual decretó la medida de prisión preventiva contra Nirta Domenico; la sentencia de primera instancia dictada por el mismo Tribunal el 10 de marzo de 1996, mediante la cual condenó al procesado a purgar la pena de siete años y seis meses de prisión; y, la de segundo grado, emitida por la Primera Sección Penal del Tribunal de Apelación de Turín, fueron debidamente autenticados por la Colaboradora de Cancillería Gioconda Verrencia, su firma legalizada por Cristina Biancoli, Procuradora de la República Italiana ante el Tribunal de Turín, la autenticidad de la firma de ésta, certificada ante el Consulado de Colombia en Milán y la rúbrica de la Vicecónsul de Colombia Mónica Sofía Dimaté, legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Igual aconteció con las traducciones que de los citados documentos originales fueron hechas por Anita Blassoni, funcionaria del Ministerio de Justicia de Italia, cuya firma fue autenticada por Esperanza Anzola Mora, Cónsul General de Colombia en Roma, y la de ésta, por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Y en cuanto se refiere a la documentación enviada adjunta a la Nota Verbal número 2178 del 12 de agosto de 1998 por la Embajada de Italia en Colombia, que contiene las copias integrales de la Sentencia de Primera Instancia proferida el 10 de marzo de 1996 por la Quinta Sección Penal del Tribunal de Turín y de la Sentencia de Segunda Instancia proferida el 20 de febrero de 1997 por la Primera Sección Penal del Tribunal de Apelación

de Turín, debe decirse que las mismas fueron autenticadas por Mitri Antonello, Canciller del Tribunal de Turín, y Ricardo Tironi, Canciller del Tribunal de Apelación de Turín, cuyas firmas autenticó Fabio Scevola, Procurador de la República ante el Tribunal de Turín, sobre cuyas signaturas, el doctor Fernando Alzate, Cónsul General de Colombia en Milán, hizo lo propio, como igualmente sobre ésta lo hizo el Jefe de Legalizaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Lo mismo sucedió en relación con la traducción al idioma español de los referidos documentos efectuada por Alessandra Natola, Traductora Oficial del Ministerio de Gracia y Justicia de Italia, cuya firma fue autenticada por el Cónsul General de Colombia en Roma, y legalizada ésta por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que la solicitud de extradición del ciudadano italiano Nirta Domenico, se hizo por la vía diplomática, y que en la expedición, trámite y traducción de los citados documentos se cumplieron los ritos formales de legalización prescritos por las normas del Gobierno de Italia, la Corte los tendrá como aptos para servir de prueba de aquello en ellos contenido, pues con lo expuesto ha quedado desvirtuada la afirmación del defensor en el sentido que la documentación allegada "carece de toda autenticación y legalización correspondiente para uso internacional, sobre todas sus firmas, sus folios y su traducción, lo que la hace prácticamente de valor inexistente", correspondiendo su apreciación a un criterio personal sin respaldo en el expediente.

2.3. Demostracion Plena de la Identidad del Requerido

Ninguna discusión admite que la persona detenida con ocasión de este procedimiento, es la misma cuya extradición solicita el Gobierno de la República de Italia, y corresponde a Nirta Domenico, ciudadano nacional de ese país quien nació en Aosta el 30 de junio de 1959, se identifica con el Pasaporte número 330376A, expedido por la Questura de Aosta, y la cédula de extranjería número 257112.

A esta conclusión igualmente se llega del cotejo dactiloscópico efectuado por el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) entre las impresiones dactilares del capturado con las aportadas por el Gobierno de Italia.

Se satisface, entonces, el requisito en mención.

2.4. Principio de la Doble Incriminacion

El artículo 549-1 del Código de Procedimiento Penal, preceptúa que para poder conceder la extradición es requisito indispensable "que el hecho que la motiva también esté previsto como delito en Colombia y reprimido con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a cuatro años".

De conformidad con la disposición que viene de citarse, es la pena mínima establecida en la ley colombiana para el hecho imputado a quien ha sido solicitado, la que, por mandato legal, determina la aplicación del principio, no el quántum punitivo que se haya impuesto o eventualmente llegue a imponerse al requerido por las autoridades extranjeras, como contrariamente lo considera el defensor, pues una cosa es el proceso penal que corresponde adelantar a las autoriades extranjeras conforme a su legislación interna, y otra muy distinta el resultado de cotejar la conducta por la cual se requiere la extradición, con los tipos penales definidos por la legislación colombiana, a fin de establecer si la cantidad de pena señalada para la conducta en colombia, se ajusta al tope mínimo que la ley nacional exige para que sea operable la figura (Cfr. Corte Suprema, Sala Penal, Concepto de Extradición, feb 15/95.).

Por eso, en orden a la verificación del cumplimiento del principio de que se viene hablando, en el trámite de extradición no corresponde a la Corte fijar el alcance de los fallos proferidos en el extranjero, determinar si la pena impuesta al requerido en extradición por las autoridades del país solicitante, cumple o no los límites punitivos establecidos por la legislación de esa nación, o proceder a efectuar un proceso distinto de individualización judicial de la pena acorde con los beneficios a que se dice tener derecho, pues es lógico que el Estado Colombiano no puede, por ninguno de sus órganos, inmiscuirse en las decisiones internas de otro Estado, ya que ello implicaría un atentado contra la soberanía del país requirente.

Según la sentencia proferida por el Tribunal de Apelación de Turín, Nirta Domenico y otro fueron acusados por las autoridades de su país, "R) del delito previsto en los arts. 81 párrafo segundo, 110 C.P., 71 párrafo I, 74 párrafo 1 núm.2 Ley 685/75 (así como sucesivamente modificada por el D.P.R. [Decreto del Presidente de la República] 309/90 porque, participando los dos en los hechos y con personas aún no identificadas, con varias acciones ejecutivas del mismo plan criminal, con aportaciones causales incluso distintas y en todo caso convergentes, adquirían y recibían de las personas del así llamado grupo Sergi, es decir: (Sergi Paolo, Sergi Francesco (nacido en '56), Sergi Saverio (nacido en '68), Trimboli Francesco, Morabito Saverio, Amante Pietro, Amante Giovanni, Nizzola Francesco, Moscardi Gianfranco, Inzaghi Mario, PARISI Antonio, Barbaro Giuseppe (U'pillari [trátase probablemente de un apodo, N.d.T.] nacido en '59), Zavattieri Giuseppe, Cerullo Pietro y Papalia Antonio), cantidades de heroína de vez en vez del orden de los 500 gramos que luego tenían, transportaban, vendían o cedían a terceros.

"Heroína: sustancia estupefaciente incluida en el cuadro I previsto por el art. 12 de la citada ley.

"Con la agravante de haber cometido los hechos también siendo tres personas.

"Hechos cometidos en Corsico, Buccinasco, Milán, Cesano Boscone y zonas limítrofes, de época próxima al 1984 a época próxima al verano de 1990".

El Tribunal de Turín -Sección Penal Quinta- mediante sentencia proferida el 10 de marzo de 1996, culminó la instancia declarando "a Nirta Domenico culpable del delito a él atribuido, limitadamente a las conductas desplegadas en el periodo de 1987 a la mitad de 1989 y, excluyendo la agravante del art. 74 párrafo primero núm. 2 Ley 685/75, le condena a la pena de 7 años y seis meses de prisión y 25 millones de liras de multa. Leidos los arts. 1 y sgs. D.P.R. 394/90, declara condonada la pena antes impuesta a Nirta Domenico en la medida de 2 años de prisión y 10 millones de liras de multa", al tiempo que lo absolvió "del delito indicado en el cargo R) limitadamente a los periodos anteriores a 1987 y sucesivos a la mitad de 1989, porque el hecho no existe".

Recurrido el fallo en apelación, el Tribunal de Apelación de Turín, mediante el suyo proferido el 20 de febrero de 1997, "confirma la condena de Nirta Domenico por el delito del cargo R) y, concedidas las atenuantes genéricas, Resuelve determinar nuevamente la pena para este acusado en cinco años y seis meses de prisión y 15.000.000 de liras de multa".

Las normas sustanciales aplicadas, cuya traducción fue oportunamente allegada al trámite, tratan del concurso de delitos, la participación, y la producción y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, y establecen la pena básica de "reclusión de ocho a veinte años y con la multa de cincuenta millones a quinientos millones de liras"

En la legislación colombiana, por su parte, el delito de "asociación dirigida al tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas" anteriormente se encontraba definido por el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, y ahora por el artículo 8o. de la Ley 365 de 1997, cuya sanción oscila entre diez y quince años de prisión.

Antes de la reforma establecida en la Ley 365 de 1997, la pena prevista para el mismo comportamiento (art. 44 de la Ley 30 de 1986) era de 6 a 12 años de prisión.

No sobra advertir, sin embargo, que el hecho por el que fue sentenciado el requerido en extradición señor Nirta Domenico, no se halla prescrito, tomando en cuenta al respecto la legislación italiana, que de conformidad con el artículo 160 del Código Penal de ese país, se interrumpe a partir del proferimiento del fallo de condena, para comenzar a contarse de nuevo a partir de su interrupción.

Tampoco ha ocurrido tal fenómeno bajo el imperio de la ley colombiana, según la cual (art. 80 C.P.), la acción penal prescribe "en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco años ni excederá de veinte", término que, de conformidad con el artículo 84 *ejusdem*, "se interrumpe por el auto de

proceder o su equivalente debidamente ejecutoriado", caso en el cual comenzará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80, sin que pueda ser inferior a cinco años.

El fallo de primer grado da cuenta de haberse proferido en el mes de junio de 1994 por el Ministerio Fiscal la "solicitud de apertura a juicio oral", equivalente en la legislación colombiana a la resolución acusatoria, de donde surge que a la fecha no ha transcurrido como mínimo los seis años correspondientes a la mitad del máximo punitivo establecido para la conducta, en caso de haber sido imputada su realización por la autoridades colombianas.

En consecuencia, como los hechos por los cuales la justicia italiana condenó a Nirta Domenico, también son punibles en la legislación colombiana, bajo la cual la pena mínima para la conducta imputada en el extranjero no es inferior a cuatro (4) años de prisión y la acción penal se encuentra vigente, se satisface el requisito bajo estudio.

2.5. Equivalencia de la Providencia Proferida en el Extranjero.

El presupuesto mínimo de equivalencia exigido por el artículo 549-2 del Código de Procedimiento Penal, la Corte lo considera satisfecho, pues tal norma señala "que por lo menos se haya dictado en el exterior resolución de acusación o su equivalente", con mayor razón procede la extradición cuando se trata del fallo de condena, acto de mayor entidad, como sucede en este caso, en donde se llegó incluso a dictar sentencia de segundo grado por el Tribunal de Apelación de Turín.

Ahora bien, para no dejar sin respuesta el planteamiento expuesto por el defensor, en el sentido de que la documentación allegada por el Gobierno de Italia hace referencia exclusivamente a "extractos" de los fallos proferidos contra su asistido, lo cual, en su criterio, impide edificar el concepto de fondo por la Corte, a ello ha de responderse que tal apreciación obedece al hecho de haberse presentado el alegato sin tomar en cuenta que el día 13 de agosto de la corriente anualidad, el Ministerio de Relaciones Exteriores hizo llegar a la Corte la documentación aportada por la Embajada de Italia, requerida dentro del período probatorio del trámite.

Pero aún en el supuesto de que la documentación que el defensor echa de menos no hubiese sido aportada por la Embajada de Italia, de todas maneras las pruebas allegadas antes de que lo hiciera, permiten la emisión del concepto por la Corte, tal como se advirtió en el auto mediante el cual se dispuso correr el traslado para alegar.

Tómese en cuenta, al respecto, que al haber sido precisados los cargos en el auto proferido el 27 de marzo de 1995 por la Quinta Sección Penal del Tribunal de Turín, y corresponder éstos a los motivos por los cuales el señor Nirta Domenico fue condenado, según consta en los extractos de los fallos allegados en oportunidad con la debida traducción y legalización,

no queda duda que la imputación fáctica y jurídica, se encuentra acreditada.

2.6. El Concepto

La Corte es del criterio que el Gobierno Colombiano debe proceder a la extradición del ciudadano italiano Nirta Domenico, por el delito de asociación dirigida al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas por el que fue condenado en el país de origen, solicitada por el Gobierno de la República de Italia, pues se satisfacen los requisitos preestablecidos a estos efectos, como viene de demostrarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

PRIMERO. CONCEPTUAR FAVORABLEMENTE a la extradición del ciudadano italiano Nirta Domenico, solicitada al Gobierno de Colombia por su homólogo de la República de Italia.

SEGUNDO. Por la Secretaría de la Sala, comuníquese esta determinación al requerido Nirta Domenico, a su defensor, al Agente del Ministerio Público y al Fiscal General de la Nación para lo de su cargo en relación con el detenido preventivamente con fines de extradición.

TERCERO. Devuélvase el expediente al Ministerio de Justicia y del Derecho para lo de ley.

Comuníquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEMANDA DE CASACION-Legalidad del fallo

Por disposición constitucional, la fase ordinaria del proceso no tiene sino dos instancias, salvo las excepciones legales en que se permite que sea una, (art. 31 Constitución Política), y una vez agotadas puede propiciarse por los sujetos procesales el paso a una etapa extraordinaria mediante la interposición del recurso de casación, en donde el debate se circunscribe a la legalidad del fallo. (art. 219 C. de P. P.), de ahí que la obligación del recurrente consista en denunciar la existencia de un error in procedendo *o in* iudicando, *cuya presencia y trascendencia debe demostrar, valiéndose para ello de las causales taxativamente señaladas en la ley (art. 220 ibidem), y cumpliendo con los requisitos formales fijados para el escrito de demanda (art. 225* Ibidem).

Proceso No. 10621

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Aprobado Acta No. 141

Santa Fe de Bogotá D. C., septiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Vistos

Procede la Sala a pronunciarse sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Ariel Salazar Márquez, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, que revocó el fallo absolutorio dictado por el Juzgado Penal del Circuito de Salamina, para en su lugar condenar al procesado aquí recurrente a la pena principal de veinticinco (25) años de prisión, y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por diez años, como responsable del delito de homicidio simple.

Hechos

El Tribunal en la sentencia los sintetizó así:

"Ocurrieron a las diez de la noche del lunes cuatro de julio de mil novecientos noventa y tres en La Merced, (Municipio del Departamento de Caldas),

cuando los esposos Ariel Salazar Márquez y María Socorro Valencia Castañeda después de ingerir bebidas embriagantes se trasladaron a la residencia contigua a la del señor Alonso Valencia Bustamante. En el interior hubo maltrato verbal de Ariel para su cónyuge del que tuvieron conocimiento su padre y hermano, quienes acudieron presurosos al lugar. Portaban revólver y machete respectivamente. Se desató una trifulca en la cual resultó herido de gravedad Alonso Valencia Bustamente, quien falleció minutos después en el hospital de la municipalidad". (Dato entre paréntesis fuera de texto).

II. Actuación Procesal

El Juzgado Promiscuo Municipal de La Merced abrió la investigación y vinculó a la misma mediante indagatoria a Ariel Salazar Márquez, a quien la Unidad de Fiscalía No. 34 de Salamina le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin excarcelación.

Cerrada la instrucción, la Fiscalía calificó el mérito probatorio del sumario en providencia de 19 de diciembre de 1993 con resolución de acusación contra el procesado por el delito de homicidio.

El defensor interpuso recurso de apelación contra el pliego de cargos, y la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior de Manizales lo confirmó íntegramente.

Adelantó la etapa del juicio el Juzgado Penal del Circuito de Salamina, y luego de celebrada la audiencia pública dictó sentencia absolutoria, la cual fue apelada por la Fiscalía 34 Delegada, y el Tribunal Superior de Manizales la revocó y condenó al implicado en los términos antes señalados.

III. La Demanda

El actor invoca la causal primera consagrada en el artículo 220 del C. de P.P., que transcribe en su integridad, para expresar seguidamente:

"La sentencia de segunda instancia interpretó erróneamente la Ley Penal porque al valorar y apreciar la prueba el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Penal, incurrió en Error de Derecho".

Menciona el artículo 29 del C.P. numeral 4o., para decir que hay que demostrar que el autor de la muerte obró con pleno conocimiento de lo que hacía, con plenas facultades mentales que lo llevaron a entender que su obrar era dañino, injusto y prohibido por la ley, y demostrar también que el autor no tenía necesidad de proceder de tal forma, que no tenía causa justa que lo llevara al estado de necesidad de tener que ejercer violencia

contra las personas para defender su vida, sus bienes o su honor, o defender estos atributos en sus semejantes. De no ser así el legislador no habría consagrado las figuras de la legítima defensa de la vida, del estado de necesidad, "ni las justificantes" por el caso fortuito, la fuerza mayor y la orden de autoridad competente, y en general los subrogados penales.

Luego anota:

"Si analizamos el material probatorio existente en el proceso No. 44.520, grupo 4., y que se tomó para sustentar la sentencia condenatoria y consecuencialmente la revocación de la sentencia absolutoria que el Juzgado Penal del Circuito de Salamina Cds. profirió en favor de mi defendido Ariel Salazar Márquez, con el debido cuidado y le aplicamos las Reglas de Apreciación de las pruebas, Crítica del testimonio, y la Verdadera Lógica, concluimos que ni en conjunto, y menos por separado conforman la Prueba de Certeza exigida por el Art. 247 del C.P.P."

Dice que: "sólo dos personas señalan a mi defendido como el autor material..y a la vez como la persona que procedió sin necesidad alguna porque el hoy occiso no estaba poniendo en peligro, ni su vida, ni su integridad personal, ni su honor, ni sus bienes", ellos son Dagober Valencia Castañeda y María Socorro Valencia Castañeda, quienes no pueden ser testigos excepcionales ni imparciales ni honestos, como para tomar sus testimonios como prueba suficiente para condenar.

Los deponentes citados son hijos de Alonso Valencia, y con él fueron autores de la "tragicomedia" que culminó con su fallecimiento, luego no se les puede exigir la verdad ni pensar que la están diciendo en sus declaraciones, porque el vínculo de sangre y afecto es más poderoso que la razón, el honor a la verdad y el respeto al juramento. Ello previó el legislador en el art. 283 del C. de P.P.

Los declarantes estaban tristes por el fallecimiento de su progenitor "e indudablemente estaban ofendidos y vengativos con la persona que creen que causó la muerte", y un estado de ánimo como el que padecían "les impedía decir la verdad."

De tiempo atrás Alonso, y sus hijos Dagober y María Socorro Valencia Castañeda no sentían aprecio ni respeto por su yerno, cuñado y esposo Ariel; el primero porque a la casa del acriminado entraba la persona que convivía con su esposa, y también porque Ariel y María Socorro no se entendían en buena forma, motivo por el que Dagober y su hermana no podían respetar ni apreciar a Ariel, y los agravios crecían hasta el extremo de que Alonso obstruyó el paso que permitían a su hija y yerno entrar a la residencia, lo que los obligó a denunciarlo ante el Inspector de Policía que ordenó retirar los estorbos, luego los testigos no podían sentir amistad por su cuñado y esposo, y sí deseos de vengarse de él y aprovechar la oportunidad para acusarlo.

María del Socorro dice en sus intervenciones que se había propuesto armarse cuando se presentaban problemas con su esposo y "jamás manifiesta haber tenido propósito de evitar problemas hogareños, de obtener diálogo afectuoso, de alcanzar la armonía", ni en el proceso aparece prueba de que Ariel la golpeara o pusiera en peligro su vida, "ella no lo probó", de donde no hay justificación para armarse con lo que encontrara cada vez que tenían problemas, demostrándose su mala intención.

Alonso y Dagober no podían tener el propósito de apaciguar los ánimos de María Socorro y Ariel, en forma familiar y amistosa, porque de las declaraciones de Dagober se deduce que ellos estaban dentro de la pieza; su padre salió y luego regresó y le dijo que Ariel le "estaba dando madera a María del Socorro y éste Ariel tenía un cuchillo con el cual mataba ganado"; que el papá "entró a la pieza y sacó una pistola...y le dijo a Ariel que no la aporreara", y él le contestó, "y entonces qué", a lo cual el occiso replicó "...yo voy a subir por la policía", y salieron los dos, padre e hijo, para la calle. Si esa hubiera sido la intención no se habrían armado para irse hasta donde se encontraban los esposos, pues Socorro no estaba en gran peligro ya que ella era la que empuñaba el cuchillo, y si Alonso la hubiese visto en peligro de inmediato habría llamado a su hijo desde allí y sin necesidad de armas lo habrían separado, pues Ariel no podía reaccionar porque no estaba armado, no era peligroso.

Dagober, al preguntársele "por qué su Sr. Padre y él no utilizaron las armas y se defendieron contesta: 'porque no pensé que fuera a ir hasta tanto, no pensé que nos iba a atacar de esa forma, no llegué a pensar que iba a llegar hasta ese extremo, y por eso no la usé, no pensé que nos iba a tirar así." Para el censor se impone este interrogante y conclusión: "Si Dagober sabía que Ariel no era violento, que no los iba a poner en peligro, entonces por qué se armó con un machete, y por qué su Sr. Padre Alonso se armó de una pistola y se dirigieron a Ariel..?. La respuesta es: don Alonso y Dagober no querían a Ariel Salazar Márquez -lo obstaculizaban como para que se aburriera- sabía que no estaba en peligro la vida de María Socorro, y don Alonso mentía cuando dijo que tenía un cuchillo con el que mataba ganado -mentía cuando le dijo que Ariel le Estaba dando madera a María Socorro, Porque es la misma María Socorro la que dice que ella cogió un cuchillo de la batea y que Ariel la cogió de las manos para quitárselo - y fuera de las levísimas lesiones que mostró a causa del forcejeo, no registró contusiones o golpes que Ariel le propinara -luego o don Alonso le mintió a Dagober, o ambos mienten, pero el propósito no era otro que causarle un grave mal a Ariel Salazar Márquez".

Basándose en lo dicho reitera que es imposible creer la versión del testigo, que Alonso sentía odio por Ariel y como "no había tenido oportunidad de saciar sus intenciones vio marcada esa oportunidad en la noche del 4 de julio de 1993 y en el preciso momento en que Ariel y María Socorro como que discutían y ésta empuñaba un cuchillo que ella había tomado

porque era su propósito no dejarse molestar de Ariel -y le quedaba fácil aprovechar este momento para luego defenderse diciendo que fueron injustamente agredidos y lesionados por Ariel Salazar Márquez".

Si la intención de la víctima hubiera sido acudir a la Policía por qué no lo hizo cuando el comando quedaba a media cuadra; lo que pasa es que el propósito "era sorprender a Ariel y causarle daños, como así lo hizo propinándole dos heridas", y cuando Ariel pudo salirse Dagober le propinó un balazo.

Si Dagober estaba convencido de su inocencia y de que las heridas que propinó a Ariel fueron por defender a su padre, cuál fue el motivo para botar el arma que utilizó; este no fue otro que eludir la acción de la justicia porque en ese momento no había ideado la defensa y no se había puesto de acuerdo con María Socorro para coincidir en sus dichos. Esta señora sabía que su esposo era inocente y por eso se abstuvo de declarar, pero más tarde tomó otra determinación que convenía a Dagober y por eso utilizan los mismos términos en el mismo sentido para acusar a Ariel.

Los dos hermanos se pusieron de acuerdo para declarar, y ello lo corrobora el testimonio del guardián Fabio Uribe, quien dice que ella respondió "yo no puedo hacer eso porque el perjudicado sería mi hermano y yo no quiero que él vaya a parar a la cárcel".

El acusado jamás intentó evadir la acción de la justicia, fue espontáneo y fiel al explicar los hechos y si no se le indagó más rápido fue por su grave estado de salud. Los testigos, si así se pudieran llamar, incurren en contradicción respecto de la posición en que se encontraba Alonso en el momento en que Ariel le propinaba las puñaladas.

Si Dagober dice la verdad, los machetazos que lanzó contra Ariel debieron ser mortales por la rabia y la necesidad de defender a su padre, pero estas lesiones no fueron graves, lo que descarga ese momento apremiante del desespero. Si María del Socorro dijo la verdad, Alonso tenía que haber registrado escoriaciones causadas por la púas de alambre donde dice que Ariel le asestaba puñaladas, y en el dictamen no aparece ese dato.

No hay prueba para desmentir el dicho del procesado, en cuanto afirma que fue en el interior de la casa, en el corredor y donde hay un tanque, allí llegaron padre e hijo en el momento en que se defendía de María Socorro bregando a quitarle el cuchillo, y más o menos a medio metro Alonso le propinó dos machetazos, desesperado sintiendo que lo iban a matar logró quitarle el cuchillo a la mujer y al pasar al lado de Alonso "accionó el cuchillo abriéndose el paso y pocos metros adelante sintió la detonación y el impacto en la espalda, mirando hacia atrás vió a Dagober resguardado entre las dos casas", de donde concluye que si Ariel por defenderse y poder salir pasando por el lado de Alonso, al accionar el cuchillo lo lesionó, estas lesiones las tenía que sufrir estando en el mismo punto y a un metro más

o menos del tanque, y jamás ni pasos más adelante ni en el punto que señala Dagober ni en el alambrado que señala María Socorro.

Es imposible "si pudiéramos creerle a Dagober, que estando armado de un machete de gran tamaño, y en medio del desespero por que están matando a su Sr. Padre le lanza dos machetazos al victimario, que está descuidado, no lo vaya a vencer causándole mortales heridas, y decir que se vió obligado a utilizar la pistola y darle un balazo por la espalda".

No se puede exigir al sindicado que pruebe su inocencia, porque es el Estado el que debe probar por medio de sus jueces la responsabilidad del mismo, y decir que hay que creerle a los mismos protagonistas de los hechos, que tomaron parte violenta en ellos, y no creerle al imputado porque aquellos coinciden en sus dichos, no es un acierto jurídico, y las fallas de las autoridades que hacen las primeras investigaciones no pueden ser prueba en contra del procesado. No se descarta que los interesados en una condena y necesitados de defenderse, borraren de inmediato aquellas huellas, rastros y sangre que queda en el verdadero sitio de los hechos para poder demostrar que ocurrieron en otro diferente.

La petición es que se case la sentencia profiriendo el fallo que en derecho corresponde, que en este caso es revocar la decisión del Tribunal, "porque con ella y al darle ese valor a los dos testimonios comentados y a los otros medios probatorios, y las otras pruebas que sirvan en su favor, se incurrió en la Violación del Derecho Sustancial, que conforma el Error de Derecho, por la indebida apreciación de la prueba.

IV. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sugiere a la Corte desechar el cargo presentado, por lo precario del escrito y por el desconocimiento de la técnica propia del recurso intentado.

En primer término, destaca la Delegada la imposibilidad de distinguir en concreto a cuál de las dos vías de la violación de la ley sustancial se acude en la demanda.

Si la escogida fuera la violación indirecta de la ley, pues sólo dentro de ella caben los errores de derecho, "al propio tiempo se ignora pues el censor nada hizo por concretarlo y esto sí no logra en modo alguno comprenderse", pues no es clarificado en el desarrollo del libelo al punto que tampoco se citan los preceptos sustanciales que se consideran infringidos, ya que no basta la mención de los artículos 247 del C. de P.P. y 29 del C. P. que por sí mismos no dicen nada.

Recuerda que la violación indirecta sólo puede darse por aplicación indebida o falta de aplicación de normas sustanciales, luego resulta extraña la interpretación errónea de la ley a que alude el casacionista, pues ella solo puede presentarse en la violación directa de la ley.

En la forma en que fue formulada y desarrollada la censura, a lo sumo podría aceptarse como un alegato de instancia, pero sin ninguna atinencia a la técnica casacional que guía y orienta este recurso.

La falta de claridad y precisión son tales que ni siquiera se puede considerar que la propuesta sea dentro del error de derecho por falso juicio de convicción, pues el actor no afirma que "el sentenciador hubiera desconocido aquellas disposiciones -si las hubiera- que determinan un particular valor para los diversos medios demostrativos", que además obviamente no existen, toda vez que el sistema que regula la apreciación probatoria es el de la sana crítica y no la tarifa legal.

El propósito del defensor es oponerse a la sentencia del Tribunal, en tanto que consideró de modo contrario a la decisión de primera instancia, que obraba en el proceso prueba suficiente para condenar. Esta es la razón para que el recurrente someta a su personal análisis valorativo los testimonios que considera de cargo, para cotejarlos con la demás prueba, con esa misma visión unilateral de los medios habidos dentro del proceso, procedimiento ajeno al recurso que no sirve de fundamento a la causal aducida.

V. Consideraciones de la Corte

1. La simple lectura de la presentación del cargo pone en evidencia la imposibilidad de su desarrollo, pues mezcla aspectos que corresponden a diferentes motivos de casación, y que no pueden conciliarse, a saber:

- Si se aduce interpretación errónea de la ley no hay posibilidad de que ella se deba a error en la valoración y apreciación de las pruebas, no porque eso sea un formalismo de la técnica de casación, sino porque desde el punto de vista lógico ese tipo de error recae directamente sobre la norma y para nada incide la apreciación probatoria, de suerte que los dos temas son excluyentes.

- El error de derecho en la valoración de las pruebas tenidas en cuenta en la sentencia recurrida no puede darse, pues ninguna está sometida a tarifa legal, por consiguiente para el reconocimiento de su mérito probatorio el juzgador solo está limitado por las reglas de la sana crítica, y su desconocimiento constituye un error de hecho.

Así las cosas, la formulación de cargo es completamente imprecisa, y no permite saber cuál es la verdadera inconformidad del impugnante.

2. Yendo al desarrollo del ataque la situación no varía, pues ni siquiera se intenta demostrar la supuesta "interpretación errónea", y lo que es peor, no se logra saber a cuál norma se refiere, pues la ley sustancial que cita es el artículo 29 numeral 4° del Código Penal, pero para quejarse por su no aplicación.

En cuanto al error de derecho cometido en la valoración probatoria, como era de esperarse al no existir tarifa legal con la cual confrontar el valor dado por el sentenciador, la alegación lo único que consigue poner de presente es que el defensor tiene un punto de vista diferente al consignado en el fallo, lo cual no es de extrañar, pero desde luego no existe ninguna posibilidad de que pueda quebrar la presunción de legalidad y acierto de que están investidas las sentencias de segunda instancia.

Por disposición constitucional, la fase ordinaria del proceso no tiene sino dos instancias, salvo las excepciones legales en que se permite que sea una, (art. 31 Constitución Política), y una vez agotadas puede propiciarse por los sujetos procesales el paso a una etapa extraordinaria mediante la interposición del recurso de casación, en donde el debate se circunscribe a la legalidad del fallo, (art. 219 C. de P. P.), de ahí que la obligación del recurrente consista en denunciar la existencia de un error *in procedendo* o *in iudicando*, cuya presencia y trascendencia debe demostrar, valiéndose para ello de las causales taxativamente señaladas en la ley (art. 220 *ibidem*), y cumpliendo con los requisitos formales fijados para el escrito de demanda (art. 225 *ibidem*).

En el asunto que nos ocupa el defensor olvidándose del cargo aducido expresa su inconformidad con la conclusión a que llegó el Tribunal, pero no porque hayan incurrido en un error demandable en casación, sino porque él tiene un criterio diferente, un parecer distinto, una opinión sobre las pruebas favorable a su cliente, alegación que es de recibo en las instancias, pero no en esta fase extraordinaria.

3. La sustentación, que con razón el Procurador llama "alegato de instancia", se limita a proponer que en lugar de darle crédito a las versiones de los declarantes Dagober y María Socorro Valencia Castañeda, hijos del occiso, se le crea al homicida, víctima de la malquerencia de su cónyuge, su suegro y su cuñado. Y que en lugar de considerar que los hechos ocurrieron en la forma como los declaró probados el Tribunal, se afirme que sucedieron de una manera diferente que no se estableció, porque la prueba que se requería no se recaudó.

Como puede verse, con ese tipo de alegación no se llega a la demostración de la interpretación errónea de la ley, ni tampoco al error de derecho en la valoración de la prueba, por lo tanto la censura no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, Conjuez.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CULPABILIDAD

Como el defensor maneja el concepto psicológico de culpabilidad, por cierto superado por la doctrina, se extraña de que la sentencia no se hubiera ocupado de probar "el nexo psicológico", aspecto que el Tribunal no hubiera podido lograr, como quiera que la culpa imputada es por falta de previsión, evento en donde no existe ese nexo. Esta falencia de ese concepto propio del esquema clásico de la teoría del delito, fue uno de los problemas que hizo necesario que se pasara a un concepto normativo de culpabilidad (así no sea puro, pues el Código mantiene el dolo y la culpa en ese elemento), contexto dentro del cual hace el juicio de reproche el Tribunal, como quiera que le endilga al autor "la omisión del deber de cuidado que le era exigible".

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D. C., septiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso 10312

Aprobado Acta No. 141

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Eduardo Sarmiento Barragán, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, confirmatoria parcialmente de la dictada por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al aquí recurrente por el punible de homicidio culposo a la pena principal de veinticuatro (24) meses de prisión y multa de un mil pesos, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, la suspensión de la licencia para conducir automotores por el término de un año, y al pago de doce millones de pesos por los perjuicios causados con la infracción, modificándola en el sentido de fijar los perjuicios materiales en seiscientos (600) gramos oro, en favor de Blanca Fanny Ramírez Mora y sus hijas Norma Constanza, Sandra Marcela, Andrea Johana y July Pauline, y los morales en cien (100) gramos oro para cada una de las nombradas.

I. Hechos

En Santa Fe de Bogotá, a la altura de la carrera 80 con calle 69A, el día 17 de agosto de 1991, aproximadamente a las nueve de la noche, el señor Raúl Bohórquez Gómez, quien se encontraba en avanzado estado de embriaguez, fue atropellado por un automotor de servicio público o buseta conducido por Eduardo Sarmiento Barragán, causándole lesiones en la cabeza, determinantes de su muerte por trauma craneoencefálico.

II. Actuación Procesal

El Juzgado 120 de Instrucción Criminal de Bogotá abrió la investigación vinculando mediante indagatoria a Eduardo Sarmiento Barragán, a quien se le resolvió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva por el delito de homicidio culposo.

Cerrada la investigación, la Fiscalía 98 de la Unidad Segunda de Vida, en providencia de octubre 1o. de 1993, calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación contra el procesado Sarmiento Barragán por el delito de homicidio.

El Juzgado Séptimo Penal del Circuito adelantó la etapa del juicio y una vez celebrada la audiencia pública dictó sentencia condenatoria en los términos anteriormente indicados, y el Tribunal al resolver el recurso de apelación la confirmó con la modificación ya reseñada.

III. La Demanda

El actor invoca la causal primera de casación de que trata el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal que a la letra dice: "CUANDO LA SENTENCIA SEA VIOLATORIA DE UNA NORMA DE DERECHO SUSTANCIAL", y acusa la sentencia de segunda instancia por ser violatoria de normas de derecho sustancial, por aplicación indebida de los artículos 5, 35, 37, 39, 323, 329 del Código Penal, 246 y 247 del Código de Procedimiento Penal, y falta de aplicación de los artículos 254 y 445 *ibidem*, y 29 inciso 4 de la Constitución Nacional.

En la demostración del cargo el demandante hace referencia a los hechos, aduciendo que el accidente se produjo cuando el peatón Raúl Bohórquez cruzaba la vía en completo estado de alicoramiento y colisionó con el vehículo -buseta que conducía Sarmiento, de modo que para la ocurrencia del accidente fue necesaria tanto la presencia del peatón en marcha como del mismo vehículo. De modo que objetivamente surge la responsabilidad del hecho, no del delito de los implicados en el accidente (peatón-conductor), puesto que fue necesario su concurso efectivo para que se encontraran y colisionaran.

Por mandato del artículo 5o. del Código Penal "está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva"; se deben utilizar los medios de prueba

tratando de individualizar la responsabilidad subjetiva, en este caso por un hecho de carácter culposo, ya que no puede predicarse intencionalidad, dolo.

Dicha responsabilidad subjetiva hasta la fecha no se ha dilucidado o despejado, puesto que desde cuando se le resolvió la situación jurídica al acusado quedó la duda de quién era la responsabilidad, si del peatón o del conductor, duda que se presenta tanto del dicho del sindicado cuando al requerírsele manifestó que había sido "sin culpa", y también de los testigos presenciales que manifestaron que creen que la responsabilidad y culpa del accidente fue del hoy occiso.

El Juez instructor fundamenta la medida de aseguramiento y la posterior resolución acusatoria mal interpretando las versiones de los testigos presenciales del accidente, dándole una interpretación errónea, y que no puede por ningún motivo argüir que a pesar de que el peatón cruzaba la vía en estado de beodez como era costumbre verlo "...el conductor de la buseta tuvo oportunidad de darse cuenta de la situación y evitar la colisión con la víctima"; esto carece de toda verdad real, si se tiene en cuenta que las pruebas apuntan a demostrar que el accidente ocurrió al momento que el conductor volteó para tomar la vía hacia el norte y en el preciso momento en que el peatón estaba terminando de cruzar la vía.

Caso igual se presenta en la sustentación de la sentencia condenatoria, cuando se le endilga a su defendido imprudencia y violación de los reglamentos para inferir su culpabilidad, para cuyo efecto se descansa en una "errónea valoración de las pruebas". El *a quo* desnaturaliza el nexo sicológico e imparte su condena; dentro del proceso se estableció que la conducta es típica y antijurídica, pero no se estableció que la misma se cometió con dolo, culpa o preterintención, porque el juicio de culpabilidad no se puede fundamentar en el resultado.

Dentro del proceso se presenta un nexo de causalidad material porque el encausado causó el resultado, pero no existe certeza sobre el nexo sicológico (aspecto subjetivo del hecho para que sea punible). La culpabilidad es presupuesto estructural del hecho punible, y si no está probada no se puede condenar.

Como existe la duda no se puede dictar sentencia condenatoria. Debe aplicarse el mandato del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal. Esto es una consecuencia de la previsión constitucional del artículo 29: "Toda persona se presume inocente...".

Los testimonios de las hermanas Ramírez Restrepo, únicas personas que se dice presenciaron los hechos, son tomados por el juez de instrucción y por el juzgador de una forma parcializada y se les da una acomodada interpretación: "se les da credibilidad de que el autor no frenó, no pitó", pero no se analiza el por qué de la baja velocidad, si lo común en estos

casos como el analizado es que el vehículo emprenda la huída a alta velocidad; si no existe en el proceso prueba alguna que conduzca a la certeza de la forma como se cometió el hecho, y que éste radicó en cabeza de su defendido, hubo indebida aplicación del artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

La sentencia condenatoria se fundamentó en un criterio de responsabilidad objetiva, porque una cosa es que el acusado haya aceptado conducir el vehículo el día de los hechos, es decir que fue el autor, y otra muy diferente es que su comportamiento haya sido culposo.

Incurrió el Tribunal en "error evidente de hecho, al dar por probada la responsabilidad, sin que se haya producido dentro del proceso prueba suficiente que produzca certeza sobre la culpabilidad" de Sarmiento Barragán.

Hace referencia a las tres formas posibles del error de hecho, para decir que en este caso el Tribunal incurrió en las dos últimas formas ("Cuando el sentenciador presume la existencia de una prueba de naturaleza preponderantemente conclusiva, y..Cuando el sentenciador distorsiona o falsea el sentido de la prueba en que funda su juicio de forma que su interpretación por él vale lo mismo que haberla supuesto o suprimido"), pues no solamente tomó como prueba determinante las declaraciones de las hermanas Ramírez Restrepo y acomodó estas versiones para buscar la imprudencia y violación de los reglamentos en contra del procesado, sin detenerse a analizar la certeza del nexo sicológico, es decir, del aspecto subjetivo del hecho para que sea punible, sino que acoge los planteamientos del *a quo*, quien al juzgar aplica la responsabilidad objetiva que está proscrita en nuestro estatuto.

El juicio de culpabilidad no se puede fundamentar en el resultado, máxime cuando ésta descansa en la "errónea valoración de la pruebas", que fueron las que llevaron al juzgador la convicción para inferir los cargos. Analizadas las declaraciones de las hermanas Ramírez Restrepo y de los hermanos Torres Reyes, éstos no dan elementos de juicio para sostener la culpabilidad del procesado, pero el juzgador les dio alcances que no tienen y le da fuerza al artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y no despeja la duda, con lo cual vulnera lo normado en el artículo 445 *ibidem*.

Cita los artículos 35 y 37 del Código Penal, y manifiesta que tanto el juez como el Tribunal le atribuyeron culpabilidad al procesado por imprudencia y violación de los reglamentos, infiriendo dichos aspectos de las declaraciones citadas las que apuntan solamente a establecer la autoría del hecho, mas no la culpabilidad, y condenan sin estar probada la certeza sobre la manifestación de culpa.

Si los juzgadores plantean la posibilidad de responsabilidad e imprudencia del peatón, ¿por qué motivo dan por probada la culpa de Eduardo

Sarmiento?. Con todo ello quebrantan las normas referidas entre ellas el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal.

Como la duda no puede eliminarse y no existe la plena convicción de culpabilidad en cabeza del procesado, ha debido absolverse.

Solicita que se case la sentencia y se absuelva a su defendido.

Cargo Subsidiario

Con invocación de la "CAUSAL PRIMERA" contenida en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusa la sentencia del Tribunal que modificó el numeral segundo de la de primera instancia, porque al hacerlo "violó por falta de aplicación los artículos 1614, 1617 y 2341 del Código Civil; los artículos 103, 104, 106 y 107 del Código Penal por aplicación indebida; 334 No.6, 246, 247 del Código de Procedimiento Penal, por falta de aplicación; arts.174, 183, 187, 233, 237 del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación".

Manifiesta que si prospera el cargo solicita casar parcialmente la sentencia objeto de ataque, "en el sentido de revocar el numeral uno, mediante el cual se modificó el numeral segundo de la sentencia recurrida ante el Honorable Tribunal, por medio de la cual condenó a pagar perjuicios de orden material y moral al procesado en cantidad determinada y ABSOLVERLOS de pagar perjuicios civiles por no haberse probado".

La facultad concedida por el artículo 149 del Código de Procedimiento Penal no releva a la parte civil de la obligación de demostrar los perjuicios materiales y morales, en su naturaleza, en su calidad, en su cuantía.

El artículo 107 del Código Penal se debe aplicar en caso extremo y es de carácter subsidiario.

El Juez tomó como base para tasar los perjuicios el dicho de Jaime Africano y el posible promedio de vida según criterio de Medicina Legal, pero no tuvo en cuenta el aspecto de la vida misma que llevaba el occiso (tomador o bebedor consuetudinario) etc.

Nunca dentro de la investigación se designaron ni solicitaron peritos para evaluar los perjuicios, se le dio aplicabilidad al artículo 107 del Código Penal y no se ahondó en el decir del señor Africano, "si siempre percibía dichas sumas de dinero etc."

Dentro del proceso la compañera permanente del occiso por medio de apoderado se constituyó en parte civil, y era a esa parte a la que le correspondía probar los perjuicios, o al menos aportar las pruebas necesarias sobre las cuales se apoyara el juez para fijar el monto de la indemnización. Era precisamente el señor Juez o el señor Fiscal y el Ministerio Público los que tenían que tratar de buscar las pruebas, no sólo remontarse a esta-

disticas de Medicina Legal; y si tomaron como base estas pruebas, se tenía que ahondar en la veracidad y actualidad de las mismas, ya que tendría larga vida una persona que la lleva en forma ejemplar, pero no aquella que ingiere licor todos los días o está expuesta a inhalar disolventes o residuos de pinturas de vehículos.

La parte civil no desarrolló su cometido en debida forma, pues se limitó a una tímida y apenas perceptible actuación, ya que no aportó pruebas de convicción y valoración sobre la cantidad y clase de perjuicios sufridos por doña Fanny e hijos. La exigencia de esta prueba era para que se hubieran nombrado peritos, solicitar a Medicina Legal cuáles eran las consecuencias de una persona que ingiere licor todos los días. "Como no se nombraron peritos menos se pudo rendir un dictamen detallado, científico y fundamentado, tal como lo señala el art. 267 del C. P.P. o del art. 237 del C.P.C."

Para tasar los perjuicios materiales solamente se tuvo como indicios el dicho del señor patrono del occiso y las tablas de Medicina legal sobre sobrevivencia, pero no se aportaron documentos que demostraran el decir del patrono, nóminas de pago, etc., y mucho menos se adelantó indagación si lo manifestado por Medicina Legal es para personas normales, o si varían las tablas cuando se trata de alcohólicos consuetudinarios.

Los perjuicios materiales no se han demostrado, y como no existe certeza de a cuánto ascienden, "no se puede dictar sentencia o tasar los mismos"; por eso es que el art. 247 es perentorio, exigente e imperioso ya que "no se puede dictar sentencia condenatoria sin que exista dentro del proceso prueba que conduzca a la certeza".

Luego de citar las normas que considera vulneradas, dice que uno es el procedimiento para tasar el lucro cesante consolidado puesto que hace relación al tiempo pasado y otro el que se ha de pagar que hace relación con el tiempo futuro. Por tal motivo y como el Tribunal no encontró solidez en las pruebas que le dieron convicción del monto real de dichos perjuicios, fue que decidió modificar el numeral segundo de la sentencia recurrida, y condenó ya no a los doce millones de pesos como lo hizo el *a quo*, sino que tasó dichos perjuicios en gramos oro, y por una suma inferior a la tasada por el fallador; decisión que le da la razón para afirmar que en el presente caso, se le dio aplicación al artículo 107 del C.P. pero en forma indebida.

Solicita casar parcialmente la sentencia, revocar el numeral uno de la parte resolutiva, "y en su defecto declarar que por no haber probado la parte civil los perjuicios reclamados no hay lugar a condenar al procesado, ni al tercero civilmente responsable a su pago, absolviéndolos en consecuencia".

IV. Alegato del No Recurrente

El apoderado de la parte civil presentó un alegato en el que apoya la sentencia del Tribunal y rechaza la demanda de casación, por considerar que no llegó a configurarse por parte del fallador la indebida aplicación que pueda en el fondo modificar la sentencia acusada, y carece de fundamento legal la apreciación del recurrente respecto de las normas de procedimiento sobre las cuales acota la falta de aplicación, "toda vez que la hermenéutica jurídica y la intención que tuvo el legislador al redactarlas, fue el principio de la sana crítica al establecer la inocencia de una persona, hasta que no se le haya demostrados lo contrario..Esta presunción ha quedado desestimada, por haberse demostrado todo lo contrario, o sea, la culpabilidad de la persona que se sindica del ilícito".

El análisis del acervo probatorio aportado al informativo dio pie para proferir la sentencia acusada, sin que se llegue a configurar el error de hecho y de derecho que trata de demostrar el demandante.

En relación con el cargo subsidiario formulado en la demanda, dice que no existe desconocimiento del Tribunal al aplicar de manera acorde el art. 107 del C.P. Lo único que se hizo fue discriminar separadamente los perjuicios morales y materiales cuya condena aunó en una sola suma el juzgador de primera instancia.

Solicita que no se case la sentencia ni total ni parcialmente.

V. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita a la Corte no casar la sentencia impugnada por las siguientes razones:

En cuanto a la primera censura advierte que la inconformidad radica en una "errónea valoración de pruebas", no en la posible tergiversación de los testimonios de las hermanas Ramírez Restrepo al ser estudiados por el sentenciador, sino en haberse extraído conclusiones diferentes a las que defiende el actor, que se apoya en una apreciación personal respecto a la forma como debieron ser valorados determinados medios de convicción, enfrentada a la lógica y razonada evaluación del Tribunal, sin que de tal comportamiento resulte la comprobación de errores de apreciación probatoria. Por ello la propuesta del censor resulta improcedente, ante la libertad que tienen los juzgadores frente a la valoración y credibilidad de los elementos de convicción, y ante el aserto de que la casación no es otra instancia.

El casacionista confunde el error de hecho por falso juicio de identidad con el falso juicio de convicción. La ley no predetermina el valor que corresponde a cada medio de prueba, dejando al criterio del juez la estimación de la credibilidad del mismo. De ahí que no es dable alegar en casa-

ción una "errónea valoración", como lo manifiesta el demandante en relación con los testimonios aludidos. La expresión "apreciación racional" acogida por nuestro sistema procesal, condensa el concepto de libertad que tiene el juez para otorgar un determinado valor probatorio a cada elemento de convicción, teniendo en cuenta los factores inherentes a la producción de la prueba, y el sentido lógico del acaecer natural, pero ello dentro del contexto general de todo el acervo probatorio.

Los juzgadores haciendo uso de la lógica, datos de ciencia y crítica racional, dieron credibilidad a los testimonios de las hermanas Ramírez Restrepo respecto de las circunstancias en las que se produjeron los hechos, y concluyeron que no existe duda en cuanto a la autoría de la conducta típica investigada, atribuible a Eduardo Sarmiento Barragán.

No obstante los errores de técnica en que incurrió el actor, del estudio efectuado a la sentencia se observa el análisis que se hiciera en torno a la característica que acompaña los comportamientos realizados en la modalidad culposa, que la constituye la ausencia del deber de cuidado que el sujeto agente debió tener en la realización de una actividad riesgosa, con miras a evitar el resultado de una conducta socialmente reprochable. Si bien es cierto que el peatón no se encontraba lúcido cuando atravesó la vía, ello no eximía al procesado de la atención debida en la conducción del vehículo. Por consiguiente el Tribunal confirmó la decisión del *a quo* respecto de la comisión del delito de homicidio culposo.

El cargo se debe desestimar.

En lo atinente al reproche subsidiario, estima la Delegada que de la enunciación del mismo se desprende un error de técnica, por cuanto de su contexto se infiere que hace referencia a la violación indirecta de la ley, pero no es claro el sentido de la misma, pues existe una contradicción cuando afirma: "..no se puede dictar sentencia condenatoria sin que exista dentro del proceso prueba que conduzca a la certeza..", y también hace alusión a que el fallador al dictar la sentencia atacada dio plena validez a las dos pruebas aportadas, el testimonio del patrón del occiso y las tablas de Medicina Legal.

No es suficiente que se invoque la vía de la violación indirecta para que el cargo tenga posibilidad de prosperar, es necesario que se especifique cuál es el error porque el de hecho y el de derecho son excluyentes.

Luego de referirse al contenido de los fallos de instancia, advierte que en este caso la actuación carece de avalúo realizado por perito, por consiguiente se procedió de acuerdo a lo previsto en los artículos 43 a 62 del C.P.P., fijando prudencialmente los perjuicios morales y materiales que debían ser indemnizados en gramos oro. Lo que en efecto se hizo fue un sano análisis y la consecuente aplicación de las normas citadas, incluidos

los artículos 106 y 107 del C.P., sin que ello constituya violación de la ley como lo asevera el recurrente.

El ataque no está llamado a prosperar.

VI. Consideraciones de la Corte

1. Aunque en la presentación del cargo el libelista transcribe el inciso primero de la causal primera de casación -violación directa de la ley sustancial-, en el desarrollo lo que ataca es la apreciación probatoria, primer detalle que pone en evidencia la falta de claridad y precisión de la demanda.

2. El capítulo denominado "DEMOSTRACION" no es otra cosa que un alegato en el cual el defensor expresa su inconformidad con el fallo sin demostrar ningún error, simplemente insistiendo en que a su juicio no hay prueba de la culpabilidad sino duda que debe resolverse en favor del procesado.

Frente a ese tipo de alegaciones es oportuno recordar que la apreciación probatoria corresponde hacerla a los sentenciadores en la forma indicada en el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Tratándose de pruebas no sujetas a tarifa legal, como en este caso, si la credibilidad que el juez les otorga viola las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia, esa equivocación es demandable por la vía del error de hecho, pero desde luego corresponde al censor demostrar la falla y su trascendencia.

El impugnante aduce "errónea valoración de las pruebas", y afirma que no se aplicó el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, pero en lugar de demostrar el error de hecho que invoca, lo que hace es simplemente enfrentar su opinión de que no existe en el proceso prueba alguna que conduzca a la certeza de la forma como se cometió el hecho y que radique la culpabilidad en cabeza de su defendido, al criterio expuesto por el fallador en la sentencia recurrida, con la pretensión de que la Corte lo escoja como mejor, tratando así de revivir un debate ya agotado en las instancias, ajeno por completo al recurso extraordinario de casación.

El censor cree erróneamente que puede lograr que se case la sentencia haciéndole ver a la Sala que la forma como él aprecia la prueba testimonial es más válida que la efectuada por el juzgador, lo que no es de recibo en esta fase extraordinaria, dado que a ello se opone el principio de que el fallo de segunda instancia está amparado por la doble presunción de legalidad y acierto, que solo es posible quebrantar con la demostración de un error *in iudicando* o *in procedendo* trascendente.

Afirmar que a los testimonios de las hermanas Ramírez Restrepo se les dio una "acomodada interpretación", y que la culpabilidad "está descansando en la errónea valoración de las pruebas", no significa poner en evi-

dencia un error, simplemente son aseveraciones genéricas del libelista sin ninguna trascendencia, en la medida en que en estricto sentido no hay para la Sala un cargo específico sobre el cual pronunciarse.

3. Al margen de lo anterior, importante resulta destacar que en la sentencia recurrida el fallador realizó un análisis conjunto de los elementos de convicción recaudados, y consideró ciertos y probados una serie de hechos -a los cuales no hace referencia el libelista- que le permitieron llegar a la conclusión de que el acriminado obró con culpa, luego no es verdad que se le haya condenado por una responsabilidad puramente objetiva. Al respecto es pertinente transcribir el siguiente aparte de la decisión:

"Dígase que son diversos los medios de convicción que se ponen de presente para atribuir, a título de culpa, la responsabilidad del procesado en la comisión del ilícito investigado.

"No otra cosa es lo que se concluye de los testimonios incorporados a la actuación, en especial los de las hermanas Ramírez Restrepo, que la afirmación remitida a señalar que en la conducta desarrollada por el procesado para la noche fáctual se encontraba ausente el deber de cuidado al que en precedencia se ha hecho alusión. En efecto:

"Son hechos ciertos y probados los siguientes: a) Que el vehículo guiado por el señor Eduardo Sarmiento Barragán se encontraba en condiciones normales de funcionamiento, así como también que dada la hora nocturna, mantenía las luces encendidas; b) que tenía un panorama amplio de la calzada una vez realizado el giro en la esquina de la calle 69 con carrera 80; c) la velocidad era mínima si se tiene en cuenta que debió aminorarla al momento de dar la curva y entrar a una calzada de doble flujo vehicular; d) Para el momento fáctual no existía obstáculo (otro automotor) que le imposibilitara avistar al peatón que se encontraba atravesando la vía".

"... En este evento concreto, tuvo en todo momento una completa visualidad (refiriéndose al procesado) que le permitía observar el recorrido que realizaba el hoy occiso, luego de apearse del bus cuando intentaba atravesar la avenida, téngase en cuenta, que no se hizo de una manera intempestiva, sino que dado su grado de alicoramiento, lo realizó lentamente, pero la desatención, el descuido, la inobservancia del deber de cuidado con el cual guiaba la buseta el procesado, le impidió darse cuenta del peatón en la vía".

".. en realidad el conductor se hallaba desprevenido, y en consecuencia no avistó al ciudadano hoy occiso, por tanto tampoco frenó o realizó alguna maniobra que le permitiera eludir la eminente colisión. Obsérvese las apreciaciones que realizan los testigos mencionados, que corroboran la anterior afirmación, a más de los testimonios de los hermanos Torres Reyes quienes son contestes en afirmar que previamente a escuchar el impacto, no advirtieron señal alguna por parte del conductor indicativa de su cuidado, como pudo

haber sido el accionar el pito, lo cual no le permitió alertar al transeúnte produciéndose el fatídico resultado que viene de señalarse".

".. la omisión del deber de cuidado que le era exigible observar al sujeto agente, es en esencia la génesis del evento que se investiga, si bien es cierto, el infortunado peatón no se encontraba lúcido al momento en que atravesaba la vía, ello no exime en ningún momento al procesado de la atención debida en la conducción del vehículo. Mírese como ninguno de los testimonios permiten acreditar la existencia de un caso fortuito, que se daría en el evento que el sujeto pasivo de la acción típica se hubiese arrojado intempestivamente sobre la ruta seguida por el automotor, impidiendo que quien ejercía su control realizara una maniobra evasiva en orden a sortear con éxito el inusitado contratiempo, y que eximiría al procesado de su responsabilidad en la comisión del ilícito".

Ahora bien, con la lectura anterior se advierte que tampoco es cierto que el Tribunal dedujera la culpa exclusivamente del resultado, para ello tuvo en cuenta las circunstancias que rodearon la consumación del hecho, que valga anotar, es la forma como se establece el aspecto subjetivo del delito, pues por su propia naturaleza no es posible establecerlo de manera directa, sino por vía de inferencia. Dicho de otra forma, de la acreditación pormenorizada de la conducta realizada, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló, se deducen el dolo, la culpa, o la preterintención con que haya obrado el acusado.

4. Como el defensor maneja el concepto psicológico de culpabilidad, por cierto superado por la doctrina, se extraña de que la sentencia no se hubiera ocupado de probar "el nexo psicológico", aspecto que el Tribunal no hubiera podido lograr, como quiera que la culpa imputada es por falta de previsión, evento en donde no existe ese nexo. Esta falencia de ese concepto propio del esquema clásico de la teoría del delito, fue uno de los problemas que hizo necesario que se pasara a un concepto normativo de culpabilidad, (así no sea puro, pues el Código mantiene el dolo y la culpa en ese elemento), contexto dentro del cual hace el juicio de reproche el Tribunal, como quiera que le endilga al autor "la omisión del deber de cuidado que le era exigible".

5.Para los juzgadores de instancia no existió ninguna duda sobre la responsabilidad del procesado a título de culpa. De manera que la afirmación del recurrente es fruto de una apreciación puramente personal y subjetiva, que no es suficiente para quebrar la legalidad del fallo de segunda instancia dictado contra su cliente.

Las razones expuestas son suficientes para concluir que el cargo no está llamado a prosperar.

2. En cuanto al reproche subsidiario, es claro que él se dirige contra la condena en perjuicios, evento en el cual, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 221 del Código de procedimiento Penal, "deberá tener como funda-

mento las causales y la cuantía para recurrir establecidas en las normas que regulan la casación civil", la cual para la fecha en que se interpuso el recurso, (octubre de 1994), era de veintisiete millones cuatrocientos cuarenta mil pesos ($27.440.000), suma muy superior a la que motiva la inconformidad del censor, cuyo total es el valor equivalente a mil cien (1.100) gramos oro en la fecha de la sentencia, (octubre 5 de 1994), esto es, doce millones trescientos cuarenta y seis mil cuatrocientos cuarenta y cuatro pesos ($12.346.444), como quiera que para ese día el valor del gramo oro era de once mil doscientos veinticuatro pesos con cuatro centavos ($11.224.04).

Así las cosas, dada la improcedencia de impugnar en casación la condena en perjuicios por no reunirse la cuantía para recurrir en casación civil, el cargo será desestimado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia recurrida.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar; Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

HOMICIDIO-Ley 40 de 1993

La proyección de un precepto no debe verificarse en forma aislada, sino teniendo en cuenta que hace parte integral del ordenamiento jurídico, lo cual fue asumido por el legislador, que además de tratar de no contrariar la Constitución Nacional, intentó mantener alguna consonancia de la nueva ley con el Código Penal. Por esto, el proyecto inicial que pretendía regular exclusivamente el secuestro, tuvo en el Senado modificaciones, como se observa en la Gaceta del Congreso del 18 de noviembre de 1992: "En el curso de la fecunda discusión que esta iniciativa ha tenido en el Senado se planteó, no sin razón, que no podía tratarse punitivamente la conducta del secuestro con mayor severidad que la del homicidio. Ello condujo a que se adoptaran decisiones legislativas, agravando también las penas para el homicidio que mantuvieran principios universales de 'dosimetría penal'."

La ley fue titulada "por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones"; así se respetó también lo establecido por el artículo 169 de la Carta, al no quedar limitado su contenido a la regulación contra el secuestro, resultándole indispensable regular otros asuntos para acoplarse, al menos en parte, con la preceptiva preestablecida.

De esa manera, expresamente modificó los artículos 323 y 324 del Código Penal, en atención a la magnitud vital del bien jurídico protegido, aumentando la punibilidad para que cuantitativamente no resultara inferior a la que se consagraba para el secuestro.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., septiembre diecisiete (17) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 10113

Aprobado Acta No. 141

Asunto

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto en representación del procesado Luis Enrique Rodríguez Montaño, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá que confirmó, con las modificaciones que adelante se indican, la proferida por el Juzgado Once Penal del Circuito de esta misma ciudad, que lo condenó por un concurso de delitos de homicidio y lesiones personales.

Hechos

La noche del 21 de enero de 1993, Luis Alberto Salinas estaba en su taller de ebanistería, ubicado en el barrio María Paz de Santa Fe de Bogotá, en compañía de su hija Yuli Paola Salinas y Luis Alberto López Florido. Al lugar regresó portando una escopeta Luis Enrique Rodríguez Montaño, a quien llaman "El Morado", que poco antes había estado hablando con López Florido; en esta segunda ocasión le dijo que venía a matarlo y en efecto le hizo un disparo, que ocasionó su deceso.

Al reclamarle Luis Alberto Salinas cuidado con su hija, también disparó contra él, acarreándole incapacidad definitiva de 60 días, deformidad física y perturbación funcional permanentes del miembro superior derecho.

Antecedentes Procesales

La Fiscalía 103 Seccional de Santa Fe de Bogotá abrió investigación, oyó en indagatoria a Luis Enrique Rodríguez Montaño y el 28 de enero de 1993 decretó su detención preventiva, por tentativa de homicidio y homicidio agravados. Cerrada la investigación y vencido el traslado respectivo, el 21 de mayo del mismo año profirió resolución de acusación contra el indagado, por el concurso de delitos de homicidio simple y lesiones personales (fols. 204 y Ss., cd. 1°). Habiéndose suspendido los términos de notificación de esta providencia mientras se surtía el trámite al cual se hace mención en el siguiente párrafo, el 28 de octubre de 1993 la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca declaró desierto el recurso de apelación que se había interpuesto contra la calificación.

Entre tanto y por solicitud del procesado, el Juez Veinte Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá celebró la audiencia especial para terminación anticipada del proceso, consagrada en el estatuto procesal penal en el artículo 37 entonces vigente, pero el 16 de junio de 1993 (fols. 227 y Ss. ib.) improbó el acuerdo a que habían llegado la Fiscalía y el acusado, providencia que, apelada por el defensor, fue confirmada por el respectivo Tribunal (julio 26/93, fols. 11 y ss. cd. Trib.).

Adelantado el juicio por el Juzgado Once Penal del Circuito, el 6 de mayo de 1994 condenó al procesado por los delitos motivo de la acusación,

a 26 años de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas, mil pesos de multa, suspensión de 5 años en el ejercicio de la patria potestad y a la indemnización de los perjuicios causados (fols. 290 y Ss., cd. 2°).

Apelada dicha sentencia por el acusado y su defensor, el 19 de julio del mismo año el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá revocó la suspensión de la patria potestad, rebajó a 10 años la interdicción de derechos y funciones públicas y varió el valor de la condena por perjuicios, confirmando lo demás. Decisión que, impugnada por el sentenciado, es objeto del recurso extraordinario de casación.

La Demanda

Al amparo de la causal primera de casación, el defensor formula dos cargos al fallo impugnado, así:

1°. Violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 29 de la Ley 40 de 1993, porque el homicidio cometido no guarda conexidad con el delito de secuestro, que fue la materia de la citada ley, siendo la mayor pena allí fijada sólo aplicable cuando se presente relación entre esos dos hechos punibles.

Reconoce el impugnante que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de dicho artículo, pero considera que la respectiva sentencia y la misma Ley 40 de 1993 permiten la interpretación indicada, para que se imponga su mayor sanción sólo cuando el homicidio concurre con el secuestro.

Así hubo error del sentenciador, según el censor, al determinar la sanción sobre la consagrada en ese precepto y no en el artículo 323 del Decreto 100 de 1980, que dejó de aplicar creyendo que había perdido vigencia.

Por lo anterior, solicita a la Corte casar el fallo y fijar la pena en el mínimo de 10 años de prisión por el homicidio, incrementando un año por las lesiones.

2°. De manera subsidiaria, el impugnante endilga al juzgador haber violado indirectamente la ley sustancial, porque no tuvo en cuenta la prueba recaudada en el juicio, que en su criterio permite el reconocimiento de haber obrado el sindicado en estado de ira, "acerbo probatorio que no fue rechazado de manera motivada sino en forma simplista se aseveró de que no reunía satisfactoriamente los requisitos y en relación con la diminuente de la pena se guardó silencio absoluto". No encuentra razón para que se otorgue mayor credibilidad a las pruebas recaudadas en la instrucción que a las allegadas en el juicio, luego de las explicaciones del procesado acerca de "su tardanza en aceptar haber sido el autor de los hechos".

Considera entonces que el fallador incurrió "en error de hecho por omisión de prueba", particularmente la acopiada en el juicio, cuando fueron recibidas las declaraciones de José Antonio Pinzón Suárez, Luis Fernando Torres Morales, María Eugenia Márquez, María Del Carmen Suárez Caldas, María Custodia Palacios e Ignacio Huertas Clavijo, de las cuales se desprende que el día de los hechos un hombre de rasgos físicos idénticos a los de la víctima, arma de fuego en mano, amenazó al sindicado diciéndole que si vendía un terreno, esa noche sería hombre muerto.

De esa base probatoria colige que Luis Enrique Rodríguez Montaño venía siendo extorsionado por Luis Alberto López Florido, por cuyas amenazas ese día tuvo que deshacer un contrato relacionado con un inmueble y devolver las arras, situación que lo sumió en un estado de frustración e ira que, aunado a la ingestión de licor, determinó su actuar delictivo.

De ahí que el demandante solicite a la Corte casar parcialmente el fallo y reconocer al sentenciado la atenuante de la ira, prevista en el artículo 60 del Código Penal, precepto que el sentenciador no aplicó, desobedeciendo el mandato del artículo 254 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita, de otra parte y bajo el título "CASACION OFICIOSA", que si la impugnación no es atendida porque no reúne los requisitos de técnica o por no haber logrado demostrar los cargos, la Corte tenga en cuenta lo que el censor observa en el acápite "SINTESIS DE LOS HECHOS Y DE LA ACTUACION PROCESAL", sobre irregularidades que "pueden estar violando las garantías fundamentales.. para que si hay lugar a ello se de aplicación al artículo 228 del C. de P. P.".

Concepto del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que el recurso no está llamado a prosperar, por diversas razones que no hacen atendibles los planteamientos efectuados.

En cuanto al primer cargo, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 y la sentencia de constitucionalidad hace tránsito a cosa juzgada y produce efectos *erga omnes*, sin que se pueda estudiar posición contraria, por no haber variado la normatividad constitucional.

Precisamente en dicha sentencia, del 7 de diciembre de 1993, la Corte Constitucional determinó la existencia de unidad de materia en relación con los tipos penales de secuestro y homicidio, por lo cual no es posible revivir el examen sobre la supuesta violación del artículo 158 de la Carta.

De otra parte, el artículo 29 de la Ley 40 de 1993 derogó expresamente la descripción típica del 323 del Código Penal y el censor no puede esperar que se aplique lo que no estaba vigente.

Además, la nueva disposición describe autónomamente la conducta, como tipo básico que no supedita su aplicación a la comprobación de un secuestro, ni condiciona la pena a circunstancias como las planteadas por el censor.

En lo concerniente al segundo cargo, estima el Ministerio Público que la sentencia es clara en afirmar que los testimonios recaudados en el juicio, analizados globalmente por el Tribunal, no ofrecen credibilidad y, por ésto, no sirven para respaldar las afirmaciones tardías del acusado.

Después de citar cómo el fallador sí se ocupó de sus versiones, anota que tales declarantes no podían aportar datos seguros sobre las condiciones determinantes del estado de ira alegado, pues no presenciaron los hechos y simplemente se refieren a la existencia de la banda "La Gallada", a la que supuestamente pertenecía el hoy occiso, o a un enfrentamiento entre éste y el ahora procesado. Situaciones que al parecer constituían relaciones problemáticas de vieja data, que no afectaban de continuo su ánimo.

Por ello, nuevamente el Tribunal se ocupó de la diminuente para no reconocerla, ante la ausencia de una provocación grave e injusta. Recalca el Ministerio Público que las pruebas referidas sí fueron examinadas en su dimensión apropiada, pero el demandante, a partir de su posición personal y sin esforzarse en desvirtuar las conclusiones del fallador, que no les reconoció poder de convicción, pretende remover las presunciones de acierto y legalidad de la sentencia, sin lograrlo.

Por las anteriores razones, el Procurador Tercero Delegado en lo Penal solicita a la Corporación no casar el fallo impugnado.

Consideraciones de la Corte

PRIMER CARGO: El impugnante da a entender que debe respetarse la unidad de materia (art. 158 Const.) en la Ley 40 de 1993 y, en su criterio, los homicidios cometidos a partir de su vigencia, 21 de enero de ese año, serán castigados con una mayor pena sólo si se cometen en conexidad con el secuestro.

Pero la supuesta incompatibilidad de dicha ley frente a la Carta fue dilucidada por la Corte Constitucional, en fallo C-565 de diciembre 7 de 1993, M. P. doctor Hernando Herrera Vergara:

"Debe la Corte comenzar por dejar claramente establecido que entre los tipos penales a que se refieren las normas demandadas, cuyo aumento de pena le corresponde examinar a este estrado, hay la debida unidad de materia. Ella es evidente en su conexidad axiológica, dada por la identidad de los bienes jurídicos que el legislador busca proteger al incriminar el homicidio y al secuestro, la cual en este caso se refleja en el incremento del quantum de

los límites mínimo y máximo de las penas en ambos casos de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión y en su agravación por razón de análogas circunstancias, en cuya virtud se enlazan recíprocamente."

Se tiene así definido que dicha Ley no viola el principio de la supremacía de la Constitución, para el caso su artículo 158, preservándose en ella la unidad de materia. Ha sido apreciada valorativamente la estrecha relación que existe entre los bienes jurídicos de la vida y la libertad, cuyos eventuales quebrantamientos son reprimidos con los tipos penales de homicidio y secuestro. De otro lado, el impugnante no expresa razón alguna, ni tendría cómo sustentarla, para que tal sentencia de exequibilidad pudiese ser desconocida, habiendo hecho tránsito a cosa juzgada constitucional (inciso 1° del artículo 243 Const.) y produciendo efectos *erga omnes*.

La proyección de un precepto no debe verificarse en forma aislada, sino teniendo en cuenta que hace parte integral del ordenamiento jurídico, lo cual fue asumido por el legislador, que además de tratar de no contrariar la Constitución Nacional, intentó mantener alguna consonancia de la nueva ley con el Código Penal. Por esto, el proyecto inicial que pretendía regular exclusivamente el secuestro, tuvo en el Senado modificaciones, como se observa en la Gaceta del Congreso del 18 de noviembre de 1992: "En el curso de la fecunda discusión que esta iniciativa ha tenido en el Senado se planteó, no sin razón, que no podía tratarse punitivamente la conducta del secuestro con mayor severidad que la del homicidio. Ello condujo a que se adoptaran decisiones legislativas, agravando también las penas para el homicidio que mantuvieran principios universales de 'dosimetría penal'."

La Ley fue titulada "por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones"; así se respetó también lo establecido por el artículo 169 de la Carta, al no quedar limitado su contenido a la regulación contra el secuestro, resultándole indispensable regular otros asuntos para acoplarse, al menos en parte, con la preceptiva preestablecida.

De esa manera, expresamente modificó los artículos 323 y 324 del Código Penal, en atención a la magnitud vital del bien jurídico protegido, aumentando la punibilidad para que cuantitativamente no resultara inferior a la que se consagraba para el secuestro.

Para no hacer más extensas estas trilladas consideraciones, cabe recordar que el punto planteado por el censor como cargo principal ha sido ampliamente y uniformemente esclarecido por esta Sala, cuando en múltiples providencias se ha pronunciado en la misma forma como ahora lo hará (e. g. sentencias de casación de noviembre 21/95, rad. 9991 y noviembre 5/96, rad. 9575, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote, y julio 25/96, rad. 10673, M. P. Juan Manuel Torres Fresneda, entre varias otras de más reciente data).

En consecuencia y para el caso, no subsisten dos artículos 323 en el Código Penal, uno, el del texto original del Decreto 100 de 1980, que artificialmente se pretende revivir en su menos gravosa punibilidad para homicidios cometidos después de que expresamente quedó sin vigor, y otro, el modificado por la Ley 40 de 1993, que el recurrente plantea como aplicable sólo al homicidio perpetrado en conexión con el secuestro, pero que era y es el único en vigor desde el 21 de enero de 1993 y que, por legalidad inexorable, aplicaron los juzgadores.

Por tales razones, el cargo principal no está llamado a prosperar.

SEGUNDO CARGO: Contradictoria es la formulación del reproche que efectúa el libelista en este cargo, que presenta como subsidiario, porque dice que el sentenciador no tuvo en cuenta las pruebas practicadas en el juicio y guardó silencio absoluto con relación a la dimimuente del estado de ira grave e injustamente provocado (art. 60 C. P.), para anotar a continuación que tales pruebas no fueron motivadamente rechazadas, sino que en forma simplista se aseveró que no reunían los requisitos. Es decir, plantea un error de hecho consistente en falso juicio de existencia por haber omitido el examen de algunas pruebas, pero da a entender que sí fueron consideradas, mas no se acogió su contenido presuntamente favorable al acusado. Presentación que vulnera el principio de no contradicción que gobierna el recurso extraordinario ejercido, al no sólo presentarse incongruencia, sino que la segunda aseveración del recurrente desvirtúa la primera.

En el desarrollo del cargo relaciona los testimonios que, en su criterio, no fueron examinados por el Tribunal, para sostener que con ellos se demuestra que su asistido obró bajo el estado de ira.

El yerro que trata de endilgar resulta sólo aparente, pues se observa que el *ad quem* sí valoró los testimonios de descargo, como bien anotó el representante del Ministerio Público, pero no les otorgó la credibilidad y trascendencia esperadas por la defensa:

"Varias personas depusieron durante el juicio, a solicitud de la defensa, para demostrar que efectivamente en el mencionado barrio existía una banda de antisociales que extorsionaban a los vecinos y cometían diversas tropelías y que a la misma pertenecía el extinto López Florido, quien se mantenía armado según esos atestantes, en tanto que Rodríguez Montaño era conocido como comerciante de muy buen comportamiento.

Para la Sala resulta claro que la actuación procesal no ofrece claridad en cuanto a los verdaderos motivos por los cuales Rodríguez Montaño atacó con arma de fuego a López Florido y Salinas pues a pesar de que se llegare a aceptar como cierto el que ambos, y principalmente el primero, se dedicaban a las actividades delincuentes que últimamente ha optado el procesado por predicar de ellos, en lo cual ha encontrado cierto apoyo en los testimonios que al respecto se recepcionaron, no encuentra suficiente explica-

ción lógica el comportamiento de Rodríguez Montaño en cuanto éste, no desde el inicio de la investigación sino últimamente, ha dado a entender, de un lado, que vivía atemorizado por la actuación de los delincuentes, armados y decididos a causarle graves daños a él y a su familia, hasta el punto de que se había visto obligado a entregarles cuantiosas cantidades de dinero y cederles la posesión de lotes de terreno, pero, por otro lado, se nos presenta como dispuesto a arrostrar las consecuencias de atacar mortalmente a por lo menos uno de ellos, López Florido, y al mismo tiempo continuar residiendo en su lugar habitual y mantenerse desarmado, como dice que siempre lo estaba, pues, según ha quedado establecido, tras el ataque armado que se investiga, se dirigió a su vivienda, se dedicó a dormir tranquilamente y en ese sitio las autoridades de Policía no hallaron arma alguna cuando penetraron para capturar a Rodríguez Montaño y buscar el arma homicida."

En lo transcrito se aprecia que el Tribunal sí analizó la totalidad de las declaraciones recibidas en la etapa del juicio, incluidas las que menciona el impugnante, al igual que las novedades en las explicaciones del procesado, para concluir de la variada actitud de éste durante el desarrollo del proceso, la conducta desplegada después de acontecidos los hechos delictivos, las remembranzas que sobrevienen tardíamente y darles a las víctimas el carácter de extorsionistas, que desde mucho antes debieron denunciar, son aspectos de las probanzas que no emergen dignos de crédito, al confrontarse con la lógica, la experiencia o lo que comúnmente sucede. Es decir, el juzgador sí apreció la prueba en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como ordena el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal, sin que no ir especificando uno a uno el nombre de cada deponente, de los contestes en esos puntos, torne la valoración en ineficaz o inexistente.

Se deduce que el juzgador consideró suficientes los aspectos analizados para no otorgar credibilidad a la disculpa del procesado, aparentemente corroborada, en parte, por algunos testimonios, estimando, por tanto, innecesario plasmar en la sentencia tantos detalles, como hubiese querido el defensor, como que el sindicado sostuvo que Luis Alberto López Florido horas antes de los sucesos lo amenazó con quitarle la vida si vendía un terreno, o que Luis Fernando Torres Morales afirme de la víctima que carecía de bigote, cuando en las fotografías el cadáver aparece con mostacho; ni que José Roberto Riaño se dio cuenta del altercado y estando dentro de su casa, ubicada a media cuadra de distancia de la residencia del Luis Enrique Rodríguez Montaña, oyó que los extraños le decían que saliera y no fuera cobarde, altercado acontecido en época que algunos señalan erradamente; ni que el precio del lote cuya venta fue truncada, era $ 800.000, $1'000.000 y $2'000.000, según el comprador, su suegro y el procesado, respectivamente.

El impugnante toma parcialmente algunas atestaciones para hacer prevalecer su peculiar forma de examinarlas, con el fin de que se crea que

Luis Alberto López Florido extorsionaba a su poderdante. Postura que conduce a alejarse más de la técnica de casación, recordando que ataca la valoracion efectuada por el Tribunal a través de un falso juicio de existencia por omisión, de pruebas que sí fueron examinadas.

Las anteriores razones llevan a la conclusión de que este cargo tampoco prospera.

Por último, el libelista solicita "casación oficiosa", aduciendo que no se corrió traslado de algunos experticios, según dice en la síntesis de la actuación procesal, como los que fijaron la incapacidad y las secuelas de las heridas sufridas por una de las víctimas. En diversas oportunidades la Sala ha sostenido que la facultad instituida por el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, será ejercida de su iniciativa oficiosa cuando observe la insubsanable necesidad de decretar nulidad cuando haya real mérito trascendente para hacerlo, de acuerdo con las causales consagradas en la ley, o para restablecer una verdadera garantía fundamental gravemente vulnerada.

Pero no le corresponde reemplazar al demandante, quien sí considera que concurre un cargo de esa índole tiene el deber de plantearlo y demostrarlo apropiadamente, acudiendo a la respectiva causal de casación.

En mérito de lo expuesto y de acuerdo con el concepto del Ministerio Público, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia condenatoria objeto de impugnación.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DEFENSA TECNICA

El derecho a la defensa técnica o profesional es una prerrogativa intangible. El imputado no puede renunciar a ella, ni el Estado a su obligación de garantizarla. Si el procesado no quiere o no está en condiciones de designar un abogado que lo asista en el trámite procedimental, el órgano judicial tiene la obligación de proveerselo, y de estar atento a su desempeño, asegurándose que su gestión se cumpla dentro los marcos de diligencia debida y ética profesional, propósito que por igual debe buscar en tratándose de abogados de confianza, designados a instancia del propio implicado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintidós (22) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: *Dr. Fernando E. Arboleda Ripoll*

Proceso No. 10771

Aprobado acta No.141 sep.17/98

Derrotada la ponencia presentada por el Magistrado doctor Nilson Pinilla Pinilla, resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 23 de febrero de 1995, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali condenó al procesado Fernando Gutiérrez Ricaurte a la pena principal de 18 años y 6 meses de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio tentado en concurso homogéneo y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Hechos y actuación procesal

El 23 de mayo de 1993, en las primeras horas de la noche, Fernando Gutiérrez Ricaurte irrumpió armado de un revólver en la residencia de la familia Grueso Quiñones, ubicada en la carrera 29A No.41-57 de la ciudad de Cali, e inmediatamente empezó a disparar contra sus ocupantes, causando heridas al dueño de casa Gamaliel Grueso Perea y su hijo Omar Orlando Grueso Quiñones, quienes fueron oportunamente atendidos en centros hospitalarios, obteniéndose su recuperación.

Familiares y allegados de los heridos iniciaron la persecución inmediata del agresor, logrando su captura en el interior de una residencia

cercana, donde trató de refugiarse. En su poder fue hallado un revólver 38 largo, Smith Wesson, en buen estado de funcionamiento (fols.29).

El 26 de mayo la Fiscal del proceso se trasladó a las instalaciones del Hospital San Juan de Dios de la ciudad, donde el imputado Gutiérrez Ricaurte se recuperaba de algunas heridas causadas en el momento de su captura, con el fin de escucharlo en indagatoria, pero ésta debió ser aplazada para el día siguiente por recomendación médica (fols.11 vto, 12 y 12 vto). El 27, en las horas de la tarde, se llevó a cabo la diligencia, habiendo sido designada la señora Teresa Wirth Conto, enfermera superior del centro hospitalario, defensora del sindicado, en vista de "que en estas dependencias no se halla abagodo (sic) inscrito" (fols.17).

El día 28, la funcionaria nombró de oficio al doctor Willian A. Hormaza Ospina defensor de Gutiérrez Ricaurte, dándole posesión del cargo el 2 de junio, y notificándolo, en esta misma fecha, de la medida de aseguramiento de detención preventiva proferida el día anterior contra el procesado por los delitos de "homicidio en grado de tentativa" y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fols.20 vto, 31, 39 y 40).

Del proceso hacen parte las declaraciones de Gamaliel Grueso Perea (fols.21, 74), Jorge Alberto Grueso Quiñones (fols.56, 72), María Escilda Quiñones de Grueso (fols.59), Luis Andrés Grueso Quiñones (fols.61), Carlos Arturo Grueso Quiñones (fols.64), Lila Chávez Sánchez (fols. 78), Omar Orlando Grueso Quiñones (fols.81), Yenny Lucía Chávez Sánchez (fols.84), Humberto Valencia Aguilar (fols. 86), las historias clínicas y los reconocimientos médicos de los lesionados (fols.42, 93, 108, 112), entre otras pruebas.

Mediante proveído de 17 de agosto del mismo año, la Fiscalía dispuso el cierre de la investigación, decisión que fue notificada personalmente al imputado el día siguiente. Con el propósito de enterar a su defensor, se libró comunicación a la dirección registrada, pero fue devuelta debido a que el señor Hormaza "ni llama ni aparece en dicha oficina" (fols.111, 111 vto, 117 y 127 vto).

Contra la precitada providencia el procesado interpuso recurso de apelación, denunciando desconocimiento del principio de investigación integral, existencia de irregularidades sustanciales e inactividad total de su defensor de oficio, para finalmente solicitar libertad (fols.122). La Fiscalía se abstuvo de tramitar la apelación por improcedente y negó la libertad impetrada. Para enterar al defensor de esta última decisión se le envió telegrama a la misma oficina, habiendo siendo devuelto por cambio de dirección del destinatario (fols.133 y 150).

Tres días antes del vencimiento del término de traslado para presentar alegatos precalificatorios, el procesado otorgó poder al doctor Wildeman Muriel Penilla, quien, en la misma fecha, presentó memorial de solicitud de copias del expediente (fols.146 y 147 y 151).

El 17 de septiembre, la Fiscalía calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria por los delitos de homicidio en grado de tentativa en Gamaliel Grueso Perea y Omar Orlando Grueso Quiñones, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal (fols. 153).

Con el propósito de notificar personalmente de esta decisión al nuevo defensor del procesado se elaboró una nota de comparencia, pero ésta no pudo ser entregada por falta de dirección (fols.164 vto, 165, 178 y 178 vto). La acusación causó ejecutoria el 27 de septiembre (fols. 166).

Dentro del término de traslado para preparación de la audiencia pública, las partes guardaron silencio, razón por la cual el Juzgado de conocimiento procedió a fijar fecha para su realización mediante proveído de 18 de enero de 1994, que fue notificado personalmente al defensor el día siguiente (fols.168, 171 y 171 vto). Por ausencia suya, la diligencia no fue posible sin embargo realizarla (fols. 179).

Por auto de 2 de marzo se fijó nueva fecha para el adelantamiento de la audiencia. De esta decisión fue personalmente enterado el defensor del procesado, pero en el acto de la notificación dejó la siguiente constancia: "Me notifico, pero no conozco al defendido y no he llegado a ningún acuerdo con él. No me explico por qué aparece un poder a mi nombre. El acusado lo ratificará. Pasaré a renunciar" (fols.183 y vto).

El Juzgado dispuso escuchar inmediatamente en ampliación de indagatoria al procesado y en declaración a su defensor, con el fin de aclarar lo ocurrido. El primero, reconoció como suya la firma que aparece en el memorial de fecha 6 de septiembre de 1993, donde figura otorgándole poder al doctor Wildeman Muriel Penilla, pero afirma no conocerlo, ni haber conversado con él. Recuerda que en el mes de septiembre de 1993 conoció en la cárcel a William Orozco, quien se comprometió a llevarle la defensa por la suma de $500.000.oo, de los cuales le entregó $50.000.oo para que leyera el expediente. En la tarde del mismo día suscribió el respectivo poder, quedando pendiente la firma del abogado, pues Orozco le explicó que no podía hacerlo por carecer de credencial. Nunca más volvió a saber de él. Después se enteró que era estudiante de derecho (fols.189).

El doctor Muriel Penilla reconoció también como suya la firma puesta en el poder, pero asegura no haber sido elaborado en las máquinas de su oficina. Conoció a William Orozco por intermedio de una alumna suya llamada Consuelo, estudiante de la Universidad Santiago de Cali, quien le pidió el favor de colaborarle a un amigo de William, su esposo, que se encontraba detenido. Acordaron suscribir el respectivo poder y solicitar copias del expediente con el fin de poder estudiarlo, comprometiéndose el muchacho a adelantar estas gestiones. No volvió a tener conocimiento de él hasta un día que Consuelo le comentó que se había ido a vivir al Caquetá. No exigió honorarios por esta gestión, ni Orozco fue dependiente o amigo suyo. En principio solo se trataba de un favor, pues en su oficina única-

mente se tramitan asuntos de familia y sucesiones. La situación de este proceso era tan desconocida para él, que cuando el Citador del Juzgado lo notificó, le dijo que no tenía idea de ese negocio, ni del poder, y solo ahora que se hace mención a Orozco, es que considera la posibilidad de que hubiera actuado de mala fe aprovechándose de su buena voluntad (fols.194).

El Juzgado proveyó al procesado de nuevo defensor de oficio, celebró la audiencia pública, y mediante auto de 7 de julio decretó la nulidad de lo actuado a partir de la notificación de la resolución acusatoria, por violación del derecho de defensa, argumentando que el acusado, desde ese momento, había estado desprovisto de ella por ausencia de abogado (fols. 190, 215, 232).

Este pronunciamiento fue recurrido en apelación y revocado en decisión mayoritaria por el Tribunal, por considerar que el doctor Wildeman conocía el contenido de los documentos que firmaba y era consciente de las obligaciones que asumía al aceptar el encargo, y si no desplegó gestión alguna durante su desarrollo, bien pudo haber obedecido a una estrategia de su parte (fols.247, 266, 278).

Mediante sentencia de 7 de octubre de 1994, el Juzgado condenó al procesado a la pena principal de 15 años de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 10 años, como autor responsable de los delitos de homicidio tentado en concurso homogéneo, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, acorde con los cargos formulados en la resolución acusatoria (fols.286).

Apelado este fallo por la defensa, el Tribunal, mediante el que ahora es objeto del recurso extraordinario, lo confirmó con las siguientes modificaciones: Incrementó la pena privativa de la libertad a 18 años y 6 meses tras advertir que el *a quo* había omitido imponer pena por uno de los delitos contra la vida; y, dispuso que el pago de los perjuicios morales debía entenderse en favor de cada uno de los lesionados. Complementariamente ordenó expedir copias para investigar penalmente las lesiones de que se hizo víctima al procesado, y una posible autoría intelectual en los delitos de homicidio (fols.328). Salvó voto uno de sus integrantes, por considerar que el proceso se encontraba afectado de nulidad por violación del derecho de defensa.

La demanda

Con fundamento en la causal tercera de casación la demandante acusa la sentencia impugnada de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, por violación del derecho de defensa y del principio de contradicción.

Hace suyas las consideraciones de la Magistrada disidente para sostener que el Tribunal desconoció un hecho indiscutible, como es que el doc-

tor Wildeman nunca tuvo interés en defender al procesado, ni conocimiento siquiera de su existencia. Esto se deduce de su declaración y de lo afirmado por su representando respecto del acuerdo a que llegó con William Orozco.

Ignora también el Tribunal que la actividad del doctor Wildeman a lo largo del proceso fue absolutamente pasiva, totalmente inexistente, haciendo inoperante el derecho de contradicción, como garantía del debido proceso, pues solo interviniendo en la obtención de pruebas, en el adelantamiento de diligencias, contrainterrogando, pidiendo o aportando probanzas, interponiendo recursos, solicitando nulidades, presentando alegatos, se asegura el derecho de defensa.

Desconoció, así mismo, que la investigación fue llevada exclusivamente por el funcionario instructor, único encargado de recopilar y practicar pruebas, hasta el punto que se había podido solicitar en su momento oportuno la ampliación de los dictámenes con el propósito de determinar la gravedad de las heridas, pues no se sabe con fundamento en cuáles elementos de juicio se llegó a considerar que se trataba de tentativa de homicidio y no lesiones personales.

La total inoperancia del abogado hizo que se dejaran de evacuar pruebas, se precluyeran oportunidades procesales, y se dejaran de solicitar peritaciones, como la de balística y guantelete, aún cuando se diga que esta última no es una prueba científica.

Cita jurisprudencia de la Corte para respaldar sus asertos y señala como normas infringidas los artículos 1° y 7° del Código de Procedimiento Penal, y 29 de la Carta Política. Como consecuencia de la prosperidad de la censura solicita casar la sentencia impugnada y decretar la nulidad de lo actuado a partir de la posesión del doctor Wildeman Muriel Penilla como defensor (fols.371).

ALEGATO APRECIATORIO

El Procurador en lo Judicial de Asuntos Penales coadyuva las pretensiones de la demanda afirmando que la ausencia de defensa técnica es una verdad de perogrullo, que no puede ser soslayada con suposiciones, y que, en estas condiciones, se impone decretar la nulidad de lo actuado con fundamento en las causales consagradas en los numerales 2° y 3° del artículo 304 del estatuto procesal. Adicionalmente plantea la conveniencia de que se investigue por las autoridades disciplinarias la conducta del doctor Muriel Penilla (fols.415).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado sostiene que el cargo propuesto por el demandante está llamado a prosperar, pero considera que la nulidad debe

comprender también la actuación sumaria, en cuanto que el procesado careció de defensa desde la indagatoria.

Destaca que en la ciudad de Cali, donde fue recibida esta diligencia, litigan permanentemente gran número de abogados, no siendo por tanto excusable que el instructor recurriera al contenido del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal para dejar en manos de una persona honorable su defensa.

Inmediatamente después fue designado defensor de oficio el doctor William A. Hormaza, pero, a pesar de los requerimientos, éste nunca compareció a cumplir su encargo, habiendo transcurrido de esta manera la etapa instructiva sin haber sido desplegada actividad defensiva de naturaleza alguna.

Vino después el cierre de la investigación y la designación del doctor Wildeman Muriel como abogado de confianza del procesado, quien no adelantó gestión alguna, pues su actividad estuvo limitada a la solicitud de copias que acompañó con el memorial poder y la constancia dejada en el acto de notificación de la providencia que señalaba por segunda vez fecha para la audiencia pública, en el sentido de no conocer el proceso ni el sindicado.

Totalmente inexistente resulta en consecuencia la actuación de estos dos defensores: No participaron en la práctica de las diligencias, no solicitaron pruebas, no presentaron alegatos, no se notificaron de las decisiones, ni interpusieron recursos. Esto, no puede asimilarse a una estrategia defensiva.

Ilustra sus afirmaciones con jurisprudencia de esta Sala y pide decretar la nulidad de lo actuado desde la diligencia de indagatoria, dejando a salvo los actos de prueba, por quebrantamiento manifiesto del derecho a la defensa.

SE CONSIDERA

La concepción o entendimiento del proceso penal como contradictorio hace que su desarrollo deba ser asumido dentro de una dinámica controversial, un continuo enfrentamiento de tesis, de posturas dialécticas, un permanente avanzar hacia la investigación y búsqueda de la verdad basada en el conflicto de partes contendientes. Sin oportunidades que posibiliten esta contradicción, no es posible concebir legítimo hoy día el proceso.

En un sistema como el nuestro, donde la función de acusación está en cabeza del Estado, este entrabamiento solo es posible si al procesado se le ofrecen las garantías e instrumentos necesarios para su ejercicio, y se le brinda la oportunidad de enfrentar en condiciones de igualdad a su contraparte.

A partir de este principio, surge el derecho a la defensa técnica como garantía fundamental y presupuesto esencial de validez en la relación adversarial que a través del proceso penal se constituye, consistente en la prerrogativa que el imputado tiene de estar asistido permanentemente por un abogado que le asesore y represente, y que en términos de equilibrio e idoneidad, pueda enfrentar el órgano represivo.

Esta posibilidad de oposición y refutación de la pretensión punitiva del Estado debe ser real, continua y unitaria, características que se oponen a lo formal, lo temporal y lo soluble. No es, ni se trata, de llenar una exigencia de carácter normativo, sino de velar porque este derecho logre material y efectiva realización, obligación por cuyo cumplimiento debe propender el funcionario judicial encargado de la dirección del proceso.

El derecho a la defensa técnica o profesional es una prerrogativa intangible. El imputado no puede renunciar a ella, ni el Estado a su obligación de garantizarla. Si el procesado no quiere o no está en condiciones de designar un abogado que lo asista en el trámite procedimental, el órgano judicial tiene la obligación de proveerselo, y de estar atento a su desempeño, asegurándose que su gestión se cumpla dentro los marcos de diligencia debida y ética profesional, propósito que por igual debe buscar en tratándose de abogados de confianza, designados a instancia del propio implicado.

No es que el órgano judicial pueda interferir en la estrategia defensiva del abogado; ni más faltaba. Mucho menos que pueda imponerle unos determinados derroteros a su gestión controversial. De lo que se trata es de evitar que el abandono de la gestión encomendada, entendida no como inactividad contenciosa, sino como ausencia absoluta de presencia procesal, desquicie la estructura básica del proceso.

En cumplimiento de su función el defensor puede, por su parte, ejercitar de manera amplia el derecho de contradicción mediante una activa controversia conceptual o probatoria, u optar por un silencio expectante dentro de los límites de la racionalidad, como estrategia defensiva, susceptible de ser determinada a través de actos procesales que permitan inequívocamente establecerla.

Esta maniobra de simple supervisión del trámite procedimental, caracterizada por la ausencia de actos positivos de gestión, debe diferenciarse de la situación de abandono de la función encomendada, que se presenta cuando el defensor, además de renunciar a los actos de contradicción probatoria e impugnación, no hace presencia procesal alguna, ni asume posturas de las cuales pueda deducirse una mínima actividad vigilante.

El cargo por violación del derecho de defensa formulado por la casacionista se funda en la circunstancia de haber estado su defendido desprovisto de asistencia técnica durante el tiempo que ofició como defen-

sor suyo el doctor Wildeman Muriel Penilla, quien nominalmente figuró como defensor desde la fase de los traslados para la presentación de los alegatos precalificatorios, hasta antes de la celebración de la audiencia pública, cuando el funcionario de conocimiento oficiosamente optó por reemplazarlo designando a la doctora Nubia Stella Ramírez de Torres, después de que hiciera expresa su voluntad de renunciar al mandato por no conocer a su poderdante, ni el contenido del proceso.

La situación fáctico procesal en que se funda este reproche es incontrovertible. Aún al margen del contenido de las explicaciones suministradas por el doctor Muriel en su declaración jurada sobre la forma como terminó siendo defensor del procesado Gutiérrez Ricaurte, sin tener conciencia de ello, y de la reafirmación que en tal sentido hizo el procesado, suficientes, por sí mismas, para concluir la ausencia de defensa técnica, la verdad es que durante el tiempo que ostentó la condición de defensor no adelantó gestión alguna orientada a ejercer su encargo, y el expediente no ofrece elementos de juicio que permitan calificar su actitud de estrategia defensiva.

La actividad del doctor Muriel se reduce, como se dejó visto, a la presentación, en una misma fecha, del memorial poder y del escrito de solicitud de copias, y a la manifestación de renuncia seis meses más tarde, después de haber sido notificado por segunda vez de la fijación de fecha para la celebración de la audiencia pública, situación que claramente indica su desatención hacia el proceso, expresada en la total ausencia de actos de contradicción probatoria, impugnatorios y de vigilancia del acaecer procesal.

De suerte que aún prescindiendo de su dicho, en el sentido de no haber tenido consciencia de las obligaciones adquiridas al suscribir el memorial poder, la conclusión frente a las actuaciones suyas en el proceso no sería distinta, pues consciente o no del compromiso contraído, la verdad es que durante el tiempo que detentó una tal condición tampoco ejecutó actividad alguna de contenido defensivo.

El doctor Muriel en absoluto hizo presencia procesal como para pensar que su actitud obedecía a una maniobra defensiva, y no podía ser de otra manera porque su voluntad nunca fue asumir dicho encargo, sino incursionar con no claros propósitos en un proceso cuya materia no dominaba, pretextando defender una persona que no conocía, y aduciendo un poder cuyo contenido ignoraba, todo dentro de los marcos de una actitud de irresponsabilidad profesional crasa.

Solo intervino en el acto de la notificación del proveído de citación para audiencia, cuando había ya precluido toda oportunidad para impugnar el pliego de cargos y solicitar pruebas, sin que exista actividad procesal suya alguna que permita inferir, en términos al menos de probabilidad, que tuviera conocimiento de lo que estaba ocurriendo al interior del proceso.

Ni siquiera a través de las citaciones judiciales que debieron efectuarse con el propósito de enterarlo de las providencias dictadas puede deducirse que haya tenido posibilidad de conocer lo que estaba aconteciendo, puesto que la única que se hizo, con el fin de imponerle el contenido de la resolución acusatoria, no logró ser entregada por falta de dirección (fols. 164 vto., 165, 178 y vto.).

En éstas condiciones, mal puede su silencio calificarse de maniobra orientada a obtener resultados favorables para su defendido. Su inactividad, lejos de revelar el propósito de sustraerse a las alegaciones, impugnaciones y controversia probatoria en cumplimiento de un plan estratégico defensivo preconcebido, lo que traduce es el abandono total del asunto, pues, como viene de verse, no existe elemento de juicio alguno indicativo de que el defensor hubiera estado al menos atento o vigilante del acaecer procesal.

Es de precisarse que la contundencia de la prueba incriminatoria no es argumento que justifique la ausencia de defensa técnica sobre el entendido de su innecesaridad, pues ello equivaldría a legitimar la falta de asistencia profesional cuando aparezca prueba extrema que comprometa al procesado, con desconocimiento del carácter absoluto de esta garantía procesal, y a presumir, sin fundamento razonable alguno, que en estos casos la mejor defensa es la inactividad, desconociéndose así las características básicas del proceso, que, como tales, no admiten este tipo de diferenciaciones.

Inaceptable resulta, así mismo, entender que la determinación de investigar disciplinariamente al abogado negligente suple los vacíos defensivos de su desatención y convalida la actuación procesal, no solo por las razones que vienen de anotarse, sino porque contraría el principio de autonomía del proceso penal.

Razón, por tanto, le asiste a la casacionista al demandar de la Corte la ineficacia de la actuación por violación del derecho de defensa, y su reposición con observancia de la garantías fundamentales, pues es claro que el acusado careció de asesoría técnica durante todo el tiempo que el doctor Muriel fungió como su apoderado.

El Procurador Delegado solicita a la Corte, en su concepto, hacer extensiva la nulidad de la actuación a la fase del sumario, a partir de la indagatoria, en razón a que la ausencia de defensa técnica fue un continuo de la actuación procesal, desde la referida diligencia, en la cual se designó defensor de oficio del procesado a una empleada de la clínica donde se hallaba hospitalizado.

La Sala comparte este planteamiento. Examinada la actuación sumarial se advierte lo siguiente:

1. En la indagatoria, la funcionaria instructora, después de dejar constancia en el sentido de que "en estas dependencias no se halla abogado

inscrito", procedió a designar la enfermera superior Teresa Wirth Conto para que asistiera al imputado Gutiérrez Ricaurte, desconociendo el mandato del entonces vigente artículo 148 del estatuto procesal, que solo permitía esta habilitación excepcional cuando el funcionario estuviera en imposibilidad material de nombrar un abogado inscrito, debido a la ausencia de ellos en la ciudad sede del despacho judicial, situación que no podía ser predicada de la ciudad de Cali (Clr. Cas. mayo 9/95, Mag. Ptes. Drs. Duque Ruiz y Mejía Escobar; Cas. mayo 19/95, Mag. Pte. Dr. Saavedra Rojas; Cas. mayo 8/96, Magistrado Pte. Dr. Torres Fresneda, entre otras).

Es claro que para la época de la indagatoria la referida norma se encontraba vigente y era aplicable, pues su inexequibilidad solo vino a ser declarada el 8 de febrero de 1996, pero también lo es que en la ciudad donde se estaba cumpliendo la diligencia concurren permanentemente abogados inscritos.

No obstante esto, la Fiscal no adelantó gestión alguna encaminada a proveer de asistencia técnica al procesado, como era su obligación hacerlo, dando lugar con su comportamiento negligente a una irregularidad más, inexcusable, si se toma en cuenta que de antemano había señalado fecha para la realización de la diligencia, y que era de obviedad suma precaver que en una clínica no encontraría abogados.

Ya ha sido dicho que el derecho a la defensa técnica es garantía fundamental que el funcionario judicial está en la obligación de asegurar en todo momento de la actuación procesal, y que es él quien debe proveerla cuando el imputado no quiere o no está en condiciones de designar un abogado de confianza. De allí el deber que surgía para la funcionaria de procurar su concreción en este caso.

Hoy día esta norma no tiene aplicación, siendo obligación del funcionario judicial proveer al procesado en todos los casos de defensa técnica.

2. El día siguiente de la indagatoria (mayo 28) el instructor designó al doctor William A. Hormaza Ospina defensor del oficio del procesado, quien tomó posesión del cargo el 2 de junio, fecha en la cual fue notificado de la medida de aseguramiento (fols.20 vto., 39 y 40), sin que con posterioridad se advierta intervención procesal suya de índole alguna. Y en las dos únicas oportunidades que fue requerido para que compareciera a notificarse de decisiones tomadas dentro del proceso (cuando se dispuso el cierre de la investigación y se resolvió una solicitud de libertad presentada por el propio sindicado), las comunicaciones no pudieron ser entregadas por haber cambiado de dirección (fols. 117, 127 y vto, 133 y 150).

Ni en el sumario, ni el juicio, como puede verse, el sindicado fue asistido por los profesionales designados defensores suyos, evidenciándose con ello un total desamparo del proceso y el abandono de los compromisos adquiridos con su defendido y la administración de justicia, situación que

vicia de nulidad la actuación por afectación del derecho de defensa, a partir inclusive de la diligencia de indagatoria, comprendiendo todos los actos que dependen de ella, menos los de prueba.

Libertad del procesado

La declaración de nulidad de la actuación a partir de su vinculación al proceso, impone ordenar la libertad inmediata e incondicional de Gutiérrez Ricaurte, con la advertencia de que solo producirá efectos si no es requerido por otra autoridad judicial en virtud de proceso diferente.

Prescripción del delito de porte ilegal de armas.

Puesto que con ocasión de la decisión que debe tomarse se consolida el fenómeno prescriptivo de la acción penal en relación con el delito de porte ilegal de armas de defensa personal, descrito en el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, cuyo texto fue incorporado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991, la Sala declarará extinguida la acción por dicho ilícito.

El término de prescripción para este delito, según lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, es de cinco años, tiempo que se habría cumplido el 23 de mayo último.

OTRAS DECISIONES

No puede la Corte dejar de registrar el reprobable comportamiento profesional de los doctores William A. Hormaza Ospina y Wildeman Muriel Penilla en el caso *sub judice*, ni de censurar la falta de ética de quienes, estando llamados a asumir el encargo de defensores de oficio, aceptan este compromiso con menosprecio de la función social que deben cumplir, de las obligaciones que asumen, los intereses en conflicto y los fines de justicia.

Con el objeto de que se investigue, si hubiere lugar a ello, la conducta de los abogados doctores William A. Hormaza Ospina y Wildeman Muriel Penilla, se ordenará expedir copias de la actuación procesal con destino a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. CASAR la sentencia impugnada.

2. DECRETAR LA NULIDAD de lo actuado a partir inclusive de la diligencia de indagatoria del imputado Fernando Gutiérrez Ricaurte, con la aclaración que no comprende los actos de prueba.

3. DECLARAR PRESCRITA la acción penal en relación con el delito de porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. Precluir, por tanto, la instrucción por este punible.

4. ORDENAR LA LIBERTAD inmediata e incondicional del procesado Gutiérrez Ricaurte, con la advertencia que solo produce efectos si no es requerido por otra autoridad judicial en virtud de proceso diferente.

5. DISPONER la expedición de copias de la actuación procesal con destino al Consejo Seccional de la Judicatura del Valle, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para los fines indicados en la parte considerativa.

Notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla. Con salvamento de voto.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto, me permito expresar las razones de la salvedad de mi voto frente a la decisión mayoritaria, que al no acoger la ponencia que presenté y sustenté ante la Sala, en mi derrotada propuesta de "Desestimar la demanda de casación interpuesta por la defensora del procesado Fernando Gutiérrez Ricaurte" y "Casar parcialmente, de oficio, la sentencia proferida el 23 de febrero de 1995 por el Tribunal Superior de Cali, Sala Penal, únicamente en el sentido de fijar en quince (15) años la pena de prisión, quedando sin modificación en todo lo demás", optó por casar y anular lo actuado, inclusive a partir de la indagatoria, con la aclaración de no comprender los actos de prueba.

Como fundamento de la mencionada ponencia sostenía y ahora reitero, en lo que fue el proyecto de "consideraciones de la Corte", que a continuación transcribo en distinto tipo de letra, agregando lo que aparece del punto 5° en adelante:

1°. Al contrario de lo indicado por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, el defensor de oficio designado al día siguiente de la indagatoria (f. 20 v. cd. 1°), se posesionó el 2 de junio de 1993 (f. 39 ib.) y el mismo día le fue notificada la detención preventiva decretada contra su asistido, "haciéndole saber que proceden los recursos de reposición y apelación", que no interpuso teniendo tiempo para hacerlo, al igual que pudo acudir a todas las posibilidades de defensa consagradas por la ley, entre ellas, por ejemplo, la solicitud de sentencia anticipada para alcanzar un tercio de rebaja en la punibilidad. Si nada hizo, debe entenderse que no lo encontró de provecho para su defendido, dentro de su autónomo criterio profesional.

Ese defensor fue reemplazado por el doctor Wildeman Muriel Penilla, según el poder a éste conferido durante el traslado para alegar, previo a la calificación de la instrucción (f. 146 ib).

El mandato aparece con constancia de presentación personal y, en oposición a lo afirmado por la recurrente, a dicho defensor le fue reconocida personería el 14 de septiembre de 1993 (f. 148 ib.), sin perjuicio de que pudiese actuar a partir de la presentación del mencionado poder, al tenor de lo dispuesto por el artículo 142 del Código de Procedimiento Penal.

Se discute si la pasividad del apoderado configura violación del derecho de defensa, porque dice que no se entrevistó con el sindicado, ni lo conoció, no interpuso recursos, no alegó, no solicitó ni intervino en el acopio de las pruebas y manifestó no haber actuado por no saber que era defensor, pues las copias solicitadas no le fueron entregadas (-a pesar de haber dispuesto la Fiscalía expedírselas, en la misma resolución que obra al citado folio 148 y ser efectivamente tomadas, f. 149-) y sólo después de estudiado el proceso suele decidir si asume o no un caso.

Como bien lo anotó el Tribunal, no está demostrado que lo afirmado por este defensor corresponda a la realidad, por el silencio que guardó la primera vez que se notificó personalmente del auto que señaló fecha y hora para la celebración de la audiencia pública, (f. 171 v. ib.), a pesar de haber concurrido, con lo cual reveló que estaba atento al desenvolvimiento procesal.

Esa actitud contrasta con lo aseverado posteriormente cuando, en la segunda oportunidad, se notifica en forma personal del auto que señala nuevamente fecha y hora para la realización de dicha diligencia y deja la constancia que se mencionó en la síntesis del concepto de la Procuraduría Delegada, la cual, de ser real lo allí expresado, debió surgir desde el primer momento y no después.

Tampoco es verosímil que no supiera de la existencia del poder. Así lo hubiera redactado otra persona, luego de suscribirlo el sindicado y pasado por la Oficina Jurídica de la cárcel, el abogado Wildeman Muriel Penilla lo firmó en señal de aceptación y fue personalmente presentado e incorporado al proceso, junto con la petición de copias por él mismo suscrita, en donde expresamente señala que está "obrando en calidad de defensor.. para cumplir con los fines de mi oficio" (f. 147 ib.). Desde la presentación del poder surgió la obligación adquirida en el mandato, de lo cual debe ser consciente como profesional del derecho, sin que resulte válido pretextar que sólo asume tal función una vez estudiado el asunto y mientras tanto carece de voluntad de representar los intereses del poderdante.

Por ello, no es aceptable que desde la suscripción del poder, su aducción al proceso y durante todo el tiempo de su vigencia, el apoderado careciera de la intención de defender a su asistido, siendo que con aquellos actos acreditó lo contrario.

De otra parte, la pasividad del apoderado no puede considerase per se como ausencia de defensa. La falta de alegatos, no interposición de recursos, ni petición de pruebas, no necesariamente revelan negligencia, pues muchas veces la suficiencia del acopio probatorio y su fuerza de convicción llevan a asumir tal posición y dejar para el final, particularmente en la audiencia pública, la exposición de los argumentos defensivos fácticos y

jurídicos, sobre todo en casos como el presente, donde hubo flagrancia y captura en tal estado y abundancia demostrativa de cargo.

Así, lo que ahora está sucediendo constituiría el insólito y más desleal engendro de un artero mecanismo de defensa para causas perdidas, en el cual después de sólo avizorar y nada exponer, se arriba a la audiencia sin posibilidades de mejorar la causa encomendada y entonces se efectúa una manifestación de extrañamiento, generando con la nulidad por la provocada apariencia de falta de defensa el más fenomenal resultado: la libertad y muy probable impunidad del encartado.

No solicitar pruebas no puede tomarse en abstracto como ausencia de defensa, es indispensable especificar cuáles dejaron de practicarse y en qué forma habrían llegado a cambiar la decisión. Aunque la casacionista acusa no haberse practicado "toma de guantelete, al igual que reconocimiento en fila de personas" (f. 376 ib.), no acierta a demostrar su trascendencia, o en que medida esos medios repetitivos cambiarían la situación del procesado, a quien las víctimas y varias otras personas vieron claramente cuando efectuó los disparos, lo siguieron de cerca y capturaron, a muy corta distancia en espacio y tiempo, junto con un revólver y seis vainillas, todas con "signos de percusión" (f. 29 ib.).

Lo mismo acontece con la omisión de solicitar la ampliación de los dictámenes de los médicos forenses para establecer la gravedad de las heridas, porque la intención de causar la muerte no se determina con esa experticia, sino que existe libertad probatoria al respecto (art. 248, 253, 273 C. de P. P.) y aún en eventos de lesiones leves el animus nécandi puede establecerse por otros factores, como la distancia entre el atacante y la víctima, el arma utilizada, la dirección de los disparos hacia partes vitales del cuerpo contra el cual se apunta, -que fueron impactadas en este caso, con buena suerte y atención que impidieron alcanzar el resultado mortal, por circunstancias ajenas a la voluntad del agresor-, la trayectoria del proyectil, los movimientos agresivos y defensivos, el desarrollo de los hechos, etc. No es indispensable que concurran todos para establecer la intención homicida y una vez comprobada, como aconteció en el asunto examinado, viene a resultar superflua dicha ampliación.

No impugnar una decisión si puede y suele obedecer a una táctica del apoderado, o a conformidad por considerarla acertada e inexorable. En el presente caso, e independientemente de que el procesado mismo haya ejercido su derecho material de defensa, interponiendo recursos y solicitando su excarcelación, no se alcanza a vislumbrar una razón sensata para que un defensor experimentado recurriera contra medidas como la resolución de la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, menos aún la de acusación, basadas en pruebas y fundamentos legales sólidos, en las cuales se omitió considerar que las tentativas de homicidio podrían registrar causales de agravación punitiva de las previs-

tas en el artículo 324 del Código Penal (30 de la ley 40 de 1993), particularmente en los numerales 4° ("las razones para ello según se ha dicho estriban en el pago que el sindicado recibió por cometer su crimen", se lee en el fallo de primera instancia, f. 303 ib.) y 7°, por el ostensible aprovechamiento de las circunstancias de indefensión en que se encontraban las víctimas, desprevenidas en el interior de su vivienda, a donde se introdujo violentamente el actor, constituyendo aquellas causales serias probabilidades de consideración judicial, si llegare a prosperar la nulidad y el proceso tuviere que ser retrotraído a la instrucción.

Tampoco haber sido el Fiscal quien "exclusivamente" realizó la investigación es una irregularidad, porque él es el director del proceso durante la instrucción y legalmente se la ha confiado la función de orientarla y diligenciarla, tanto en lo favorable como en lo desfavorable al imputado, sin que en ésto se advierta desviación alguna en el caso concreto que está siendo estudiado.

No debe perderse de vista que el derecho de defensa consiste en la posibilidad de contradecir las pruebas, solicitar las consideradas convenientes al propio interés, participar en su allegamiento, presentar argumentaciones y rebatir las contrarias, impugnar las decisiones adversas, solicitar nulidades, etc., asistido de un abogado. Este, de acuerdo con su fuero interno, su capacidad, su estilo y la actitud ética, determina el momento y la forma de ejercer la defensa, según la táctica adoptada, la cual puede abarcar desde el empleo asiduo y a veces reprochable de todas las atribuciones, o sólo de algunas, hasta únicamente ejercer control expectante sobre el proceso, con prescindencia de utilizar tales facultades si advierte que lo que pueda realizarse por su postulación llegaría a redundar en contra del asistido, e interviniendo sólo cuando es obligatorio (indagatoria y otras diligencias donde tome parte el procesado, audiencia pública).

Posibilidades aquéllas que en ningún momento de la instrucción ni del juicio fueron cercenadas al sindicado, quien contó con defensor de confianza o de oficio en las diferentes etapas procesales, sin que, se insiste, pueda la administración de justicia aceptar la argucia de que se alegue falta de defensa constitutiva de nulidad, luego de voluntaria inacción ante una carga probatoria irrefragable, o la pretendida ausencia de convenio con el asistido y el desconocimiento del poder por parte de quien lo aceptó, firmó y presentó, asumiendo la calidad de defensor en la que expresamente manifestó obrar (f. 147 ib.) y luego pretende ignorar.

Para concluir este punto y ratificar lo expuesto, cabe recordar la jurisprudencia de esta corporación, que reiteró en su pronunciamiento más reciente sobre el tema referido (agosto 11/98, rad. 13.029, M. P. doctor Ricardo Calvete Rangel):

"Para el tema concreto planteado, esto es, la presunta violación del derecho a la defensa, no es suficiente extrañar que el defensor no hubiera pedido pruebas, o que no hubiera interpuesto recursos, o que no se hubiera notificado personalmente de las decisiones. Es necesario que se demuestre que con esa actitud se dejaron de allegar elementos de juicio fundamentales para la decisión, o que no obstante ser evidente que los intereses del procesado se lesionaron no hubo una oportuna impugnación.

.. es precisamente la ley procesal la que autoriza las notificaciones por estado. Igual aspaviento hace con la ausencia de recursos, desde luego sin intentar siquiera una explicación sobre por qué estima que si se hubiera recurrido el auto de detención, la resolución de acusación, o la sentencia, la situación del procesado hubiera sido mejor. Acaso ante la claridad de lo sucedido era viable demostrar la no responsabilidad? O se podía esperar una pena más benigna..? Cuáles fueron las pruebas de descargo que se dejaron de practicar, y a qué aspecto tan importante conducían, de modo que el hecho de no haberlas pedido lesionó el derecho de defensa?

.. hubiera sido interesante conocer qué fue lo que no hizo el defensor que afectó de manera tan grave, como para llevar a la nulidad, la garantía de la defensa técnica.

La respuesta a los anteriores interrogantes ha debido formar parte de la sustentación del recurso, pues lo que se anotó en la demanda no es otra cosa que posibilidades procesales cuya trascendencia se ignora porque el actor no la mencionó, mucho menos intentó demostrarla..

La actitud pasiva del defensor no es en sí misma indicativa de ninguna irregularidad, pues como lo ha reiterado la jurisprudencia, hay casos, y éste podía ser uno de ellos, en donde la mejor defensa es dejar que el Estado asuma toda la carga de la prueba ante la evidencia de que las que se pidan perjudican al acusado; o en donde no conviene recurrir dado el acierto indiscutible o la generosidad del fallador. Esos pueden ser también méritos de una buena defensa, y demostración de un comportamiento ético y serio de un abogado.."

Por todo lo anteriormente analizado, no prospera el único cargo aducido en la demanda y ésta será desestimada.

2°. Aun cuando no está incluida en la censura formulada por la casacionista y el Procurador 66 en lo Judicial Penal, no recurrente, estima debida a "las válidas razones que se dejaron consignadas en aquella diligencia", considera la Corte conveniente dar respuesta a la adicional observación planteada por el Procurador Primero Delegado en lo Penal, sobre la circunstancia que él considera generadora de nulidad, al haber sido el procesado oído en indagatoria sin la asistencia de un defensor titulado en derecho.

Dicha injurada fue recibida el jueves 27 de mayo de 1993 a partir de las tres de la tarde (fols. 17 y 12 v. cd. 1°), en el hospital donde era atendido de las heridas que al ser capturado el lunes anterior, 24 de mayo, le habían infligido al parecer familiares de Gamaliel Gruezo Perea y OMAR Orlando Gruezo Quiñónez, contra quienes muy poco antes había disparado el arma de fuego de defensa personal que portaba sin autorización legal.

Como se aprecia, aun cuando la indagatoria haya sido recibida en Cali, sede de gran cantidad de abogados, lo fue donde no es normal que se encuentre alguno disponible (un hospital), cuando ya el término legal para allegarla iba a vencer (la tarde del tercer día después del de la captura, mismo en que fue puesto a disposición de la Fiscalía, f. 1 ib., que por ende se encontraba apremiada a recibirla, sin que la salud del aprehendido lo hubiere permitido antes).

En la fecha de la indagatoria aún regían el inciso 1° del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 34 del decreto 196 de 1991, que permitían encomendar la defensa durante su recepción a cualquier ciudadano honorable que no fuere servidor público, "cuando no hubiere abogado inscrito que lo asista en ella", que fue exactamente lo que sucedió, según hizo constar la señora Fiscal, en expresión sobre la cual no existe motivo alguno para dudar, ante la respuesta del por indagar de no tener a quien nombrar y su expresa solicitud de que se le designara de oficio: "Teniendo en cuenta que en estas dependencias no se halla abogado inscrito, se procede a nombrarle como defensor para esta única diligencia a la señora... sin tacha alguna para el desempeño del cargo". El mismo día siguiente le asignó defensor letrado de oficio, como ya se detalló.

Los citados preceptos fueron declarados inexequibles más de dos años después, el 8 de febrero de 1996, mediante sentencia C-049 de la Corte Constitucional, M. P. doctor Fabio Morón Díaz, providencia que sólo tiene efectos hacia el futuro, en virtud de que la Corte ningún pronunciamiento realizó sobre una hipotética retroactividad. Como ha señalado esta Sala (e. g. sentencias de casación de fecha junio 26/96, rad. 9280, M. P. doctor Ricardo Calvete Rangel y julio 25/96, rad. 9577, ponente quien ahora desempeña igual labor), frente a la obligación de recibir la indagatoria dentro de un término tan inminente vencimiento, la Fiscalía aplicó una disposición entonces vigente, lo cual no puede censurarse como irregularidad.

Cabe recordar, para concluir este punto, que el legislador no utilizó el término "donde", expresión de lugar, sino "cuando", expresión de tiempo, que por ende no debía entenderse como referida a la no existencia de abogado radicado en la localidad, sino a no ser hallado alguno disponible en el momento en que la diligencia tenía que practicarse.

Resulta palmario, de otra parte, que ni la casacionista, ni el representante del Ministerio Público, reprocharon la falta de actuación, ni las difi-

cultades para localizar al abogado que oficiosamente tuvo a su cargo la defensa del implicado durante la mayor parte del período instructivo.

3°. Por último, oficiosamente ha de ocuparse la Corte, en atención a lo estatuido por el artículo 228 del Código de Procedimiento Penal, de la forma como el Tribunal resolvió la apelación, interpuesta únicamente por el procesado y sustentada por su defensora, contra el fallo de primera instancia, en cuanto aumentó a 18 años y 6 meses la pena de prisión determinada por el a quo. Esto expresó dicha corporación (f. 340 cd. 1°):

".. el fallo que se examina.. debe modificarse en cuanto a la pena principal impuesta, como quiera que en su tasación sólo se tuvo en cuenta uno de los homicidios tentados y el porte ilegal de armas, situación por la cual la Sala en obedecimiento al principio de la legalidad de la pena, considera necesario adecuar la sanción principal a las disposiciones que regulan la materia (artículos 22-26-61-67 del C. P.), lo que en el fondo comporta la cabal observación de la garantía procesal del debido proceso, establecido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Así entonces, se parte de doce (12) años y seis (6) meses de prisión para sancionar la tentativa de homicidio en la persona de Omar Orlando Gruezo Quiñonez, cifra a la cual se aumenta por virtud del concurso (tentativa de homicidio en Gamaliel Gruezo Perea y el porte ilegal de armas de uso y defensa personal) seis (6) años, para un total de dieciocho (18) años y seis (6) meses de prisión."

Comentó luego que ese ajuste a la sanción principal no implica vulneración al precepto contenido en el artículo 31 de la Constitución, que proscribe la reformatio in pejus, pues el aumento lo efectúa obedeciendo al citado principio de legalidad de la pena, en sustento de lo cual pretende apoyarse en lo determinado por esta Sala en el fallo de casación de fecha julio 29 de 1992, rad. 6304, M. P. doctor Didimo Páez Velandia.

Contrario a lo manifestado por el Tribunal, encuentra la Corte que el a quo sí tuvo en cuenta, aunque no con adecuada explicitud, el concurso de tentativas de homicidio: ".. se atentó contra la vida de varias personas.. llegó en busca de sus víctimas, personas con las que no tenía ningún nexo". Así, el mínimo de 25 años de prisión previsto para el homicidio simple doloso por el artículo 29 de la ley 40 de 1993, vigente al tiempo de los hechos, lo adecuó a 28, "sobre los cuales se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 22 C. P. lo que conlleva a una rebaja de la mitad quedando la pena a imponer en catorce (14) años, la que incrementará en un año más por el porte ilegal de armas para un total de quince (15) años de prisión" (f. 303 cd. 1°).

De otra parte, esta pena de 15 años de ninguna manera se halla por debajo del mínimo normativamente válido para un concurso de tentativas de homicidio y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, en un caso donde, ciertamente con lenidad, tampoco se estimaron causales de

agravación punitiva, pues tal tope viene a quedar en 12 años y 6 meses en la mínima fijación posible para la tentativa ("..no menor de la mitad del mínimo..", art. 22 C. P.), que se puede aumentar "hasta en otro tanto" por el concurso de hechos punibles (art. 26 ib.), tasación dentro de la cual cabe, así sea con notoria benignidad, la de quince (15) años de prisión impuesta por el Juez de primera instancia, que de tal manera no contraviene el principio constitucional de legalidad y debe ser restablecida por la Corte, ya que el Tribunal no la podía incrementar al no mediar recurso que se lo permitiera.

4°. En providencia del 7 de julio de 1994, el Juzgado 19 Penal del Circuito de Cali dispuso compulsar copias para que el Consejo Seccional de la Judicatura del Valle investigue la conducta del abogado Wildeman Muriel Penilla, por su grave actitud como defensor del procesado. Orden que conserva validez, a pesar de estar contenida en el mismo texto del auto anulatorio revocado por el Tribunal, pues aquélla no fue materia de apelación y acertadamente no hubo pronunciamiento del *ad quem* al respecto, ni podía haberlo, siendo la manifestación de la autoridad que, en su criterio, se consideró en la obligación de poner en conocimiento del competente la falta disciplinaria que, a su juicio, emergía de la conducta del litigante. Como no aparece constancia del cumplimiento de esa orden, deberá la Secretaría de dicho despacho proceder en consecuencia, en el evento de que aún no se haya realizado lo indicado en tal auto.

5°. La doctrina universal pregona que no hay nulidad sin perjuicio:

"*..las nulidades han sido reducidas por el número y por el contenido, los poderes del juez ampliados y adoptado el criterio de valoración de la nulidad según la relevancia del acto nulo en relación con los fines del proceso, es decir, según la efectividad del perjuicio que de la misma pueda derivarse. Todas las nulidades son, pues, relativas..*" (*Eugenio Florián, "Elementos de Derecho Procesal Penal", trad. L. Prieto Castro. Ed. Bosch, Barcelona, reimpresión 1990, p. 126, resalté*).

"*En virtud del carácter no formalista del derecho procesal moderno, se ha establecido que para que exista nulidad no basta la sola infracción a la norma, si no se produce un perjuicio a la parte. La nulidad, más que satisfacer pruritos formales, tiene por objeto evitar la violación a las garantías en juicio..*

Es por esta razón por lo que algunos derechos positivos modernos establecen el principio de que el acto con vicios de forma es válido, si alcanza los fines propuestos.. o si en lugar de seguirse un procedimiento se ha utilizado, equivocadamente, otro, pero con mayores garantías.." (Enrique Véscovi, "Teoría General del Proceso", Ed. Temis, Bogotá, 1984, p. 304, resalté).

Esa afortunada evolución en "derechos positivos modernos" fue oportunamente asumida por el derecho procesal colombiano, tanto en materia

civil (art. 144.4, antiguo 156.4, C. de P. C.), como penal (art. 308.1 C. de P. P.).

6°. Cabe observar, sin embargo, que esta acertada posibilidad de convalidación no es necesariamente moderna, sino que es el fruto de una juiciosa evolución jurídica, cuyos fundamentos vienen apuntalados desde los enfoques clásicos del Derecho Procesal Universal:

"La nulidad es relativa cuando la falta de algún requisito no tiene relevancia si, no obstante, el acto es justo, esto es, ha alcanzado su finalidad. El acto es anulable cuando la nulidad no puede ser puesta de relieve sin una reacción del sujeto al cual perjudica su injusticia, y por eso, protesta su invalidez." (Francesco Carnelutti, *"Principios del Proceso Penal"*, trad. Santiago Sentis M., Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 296).

7°. Evidentemente, la trascendental misión jurídica de procurar la eficaz, pronta y firme aplicación de la normatividad sustantiva, impone relatividad en el establecimiento de las nulidades:

"...si efectivamente queremos ser congruentes con los hechos, debemos adoptar un criterio flexible y abierto que nos conduzca a declarar, más que una inexistencia o nulidad del acto, una ineficacia de características relativas que tenga un amplio margen de juego según las consecuencias específicamente producidas o no por el acto afectado.

De este modo, podremos analizar en forma totalmente libre cuáles son las características especiales de un determinado acto irregular y, sin prejuzgar sobre la sanción resultante, observar el despliegue de sus efectos en el ámbito del derecho para decidir entonces sobre el grado de ineficacia que lo afecta. El punto de partida es pues necesariamente inverso: atiende mejor a la producción de efectos y no a un rígido esquema de causas, o de delimitación personal de impugnaciones, o de posibilidades de convalidación.

Bajo este punto de vista, la ineficacia puede entonces apreciarse directamente y en forma objetiva en tanto exista una producción anormal de efectos en el acto cuestionado, y la medida de esta anormalidad es la que regirá nuestro criterio para decidir su clasificación." (Rene Japiot, citado por José Antonio Márquez González, "Teoría General de la Nulidades", Ed. Porrúa, México, 1992, ps. 62 y 63).

8°. Claro está que los comentarios efectuados desde el punto 5° inclusive, no tienen el propósito de desconocer el constitucional mandato, contenido en el artículo 29 de la Carta, que instituye la defensa como un derecho inalienable que, entre otras garantías, demanda que el sindicado sea asistido por un abogado, durante la instrucción y el juzgamiento. Pero es que lo importante en los derechos es que sean preservados eficazmente y no en apariencia, como se derivaría del titulado en ciencias jurídicas que, a pesar de mantenerse muy escénico en todas las actuaciones, en

nada acierta a atenuar la perdición de su causa; asunto contrario a lo sentenciado en este caso, donde el procesado resultó en gran parte ganancioso, así no se le hubiera evitado la condena, ineluctable por la evidencia obrante en su contra.

Podría suceder en este proceso que, si se reactiva como debe ser, nada logre el más conspicuo profesional, más allá de la ya obtenida impunidad por el porte ilegal del arma, cuya acción tuvo que declarar prescrita la Sala a consecuencia de la nulidad, fruto de la maulería abogadil.

Por el contrario, va a afrontar la probabilidad de que el enjuiciamiento y la condena incluyan la agravación del homicidio por los factores comentados en la página 6 de este salvamento, y así la sentencia contra la persona a cuyo favor quiso preservarse la apariencia de la defensa por encima de su resultado, devenga más gravosa. Pero ya no sería encontrado sobre quién hacerla efectiva.

Con todo respecto,

Nilson Elías Pinilla Pinilla

Fecha: *ut supra*

PERMISO ADMINISTRATIVO

La redención de pena que solicita el procesado es con el fin de tramitar ante las directivas del centro de reclusión el permiso administrativo a que se refiere el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 1542 del doce de junio del pasado año, el permiso administrativo por setenta y dos horas previsto en el artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario, se extendió a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados, uno de los cuales consiste en haber descontado una tercera parte de la pena impuesta, la que resulta de computar el tiempo transcurrido en detención y el de redención por trabajo, estudio o enseñanza.

En consecuencia, debe la Corte pronunciarse de manera provisional y sólo para dicho efecto sobre la petición de redención de pena por trabajo y estudio que eleva el procesado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 13618

Aprobado Acta No. 143

Vistos

El procesado Gustavo Ruiz Murillo, detenido en la Cárcel del Circuito Judicial de Cartago (V), solicita reconocimiento de redención de pena por trabajo y estudio, con base en los certificados números 154, 148, 836, 1027, 198, 052 y 266. Agrega además copia de la cartilla biográfica y acta del Consejo de Disciplina del centro carcelario donde se encuentra interno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La redención de pena que solicita el procesado es con el fin de tramitar ante las directivas del centro de reclusión el permiso administrativo a que se refiere el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 1542 del doce de junio del pasado año, el permiso administrativo por setenta y dos horas previsto en el artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario, se extendió a los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados, uno de los cuales consiste en haber descontado una tercera parte de la pena impuesta, la que resulta de computar el tiempo transcurrido en detención y el de redención por trabajo, estudio o enseñanza.

En consecuencia, debe la Corte pronunciarse de manera provisional y sólo para dicho efecto sobre la petición de redención de pena por trabajo y estudio que eleva el procesado.

2. Gustavo Ruiz Murillo fue condenado a la pena principal de ocho (8) años y cuatro (4) meses de prisión, como responsable del delito de homicidio en estado de ira, perpetrado en detrimento de Favio Velásquez Yepes. La condena fue impuesta en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, al desatar el recurso de apelación contra la sentencia que había proferido el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía (R).

3. El procesado se encuentra privado de la libertad desde el dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996), por lo que hasta la fecha lleva en detención física treinta meses (30) meses y cinco (5) días.

4. De conformidad con los certificados de trabajo números 148, 1027, 836, 198, 266 y los de estudio números 154 y 052 expedidos por los directores de la cárcel de Cartago, Pereira y Santuario de Risaralda, se informa que el procesado ha trabajado dos mil ochocientas treinta y dos (2.832) horas y estudiado quinientas cincuenta y dos (552) horas. Este tiempo no podrá ser considerado para efectos de redención de pena por las razones que seguidamente se exponen.

El trabajo y estudio realizado por el procesado en los centros de reclusión de Pereira y Santiago de Risaralda, no cuenta en las diligencias con el acta a que se refiere el artículo 101 de la Ley 65 de 1993, razón por la cual no puede ser tenido en cuenta para redención de pena, como lo solicita el petente.

El acta 027 en la que se hace la evaluación del trabajo realizado por el procesado en la cárcel de Cartago, pondera la conducta y los resultados positivos que se han producido en el interno como consecuencia de las

labores que ha desarrollado, pero no indica qué tiempo comprende dicha evaluación. El examen que debe hacer la junta conforme al artículo 101 del Código Penitenciario debe estar circunscrito al período al cual hacen referencia las certificaciones de estudio y trabajo expedidas por el director del establecimiento carcelario, como se desprende de la lectura de la citada disposición y de la naturaleza de la función encomendada a la junta evaluadora. Como el acta en mención no se expidió en las condiciones anotadas, no puede la Sala reconocer la redención de pena solicitada.

5. Hasta la fecha Gustavo Ruiz Murillo ha descontado treinta meses (30) meses y cinco (5) días, quantum que resulta inferior a la tercera parte de la pena impuesta, equivalente a treinta y tres (33) meses y diez (10) días, por lo que la Sala debe abstenerse de reconocer la redención de pena solicitada por el interno con el fin de tramitar el permiso administrativo hasta de setenta y dos horas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

1. Abstenerse de reconocer al procesado Gustavo Ruiz Murillo la redención de pena por trabajo y estudio, solicitada con la finalidad de tramitar el permiso administrativo previsto en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993.

2. Expídase la certificación solicitada por el procesado.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, No firmó; Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

PRESCRIPCION

El término de prescripción para un delito iniciado o consumado en el exterior, o cometido dentro del país por un servidor público en ejercicio de sus funciones o de su cargo, o con ocasión de ellos, no lo fija el artículo 80, situación que llevaría a decir que la disntinución de que trata el artículo 84 no se aplica a esos casos, pues en realidad para ellos el término de prescripción de la acción está dado por la integración de los artículos 80 y 81, y 80 y 82. Como el artículo 84 es posterior, se entiende que se aplica a los eventos anteriores, pero siempre y cuando su lectura sea completa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Santa Fe de Bogotá, D. C., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*

Proceso No. 14020

Aprobado Acta No. 143

Vistos

Decide la Corte la acción de revisión presentada por el apoderado de Néstor Bayron Piedrahita Upegui y Luis Gonzaga Ortiz Trujillo, contra las sentencias condenatorias ejecutoriadas de primera y segunda instancia, proferidas respectivamente por el Juzgado Penal del Circuito de Titiribí y el Tribunal Superior de Antioquia, por un concurso de peculados por uso, el primero como autor y el segundo como cómplice. También los condenó a indemnizar los perjuicios ocasionados con los delitos.

Antecedentes

1. Néstor Bayron Piedrahita Upegui y Luis Gonzaga Ortiz Trujillo fueron denunciados ante el Juzgado 82 de Instrucción Criminal de Titiribí (Ant.), pues en su condición de gerente y visador del Banco Caletero de Amagá (Ant.), según averiguación de la entidad, se les encontró responsables de actos ilícitos en el trámite de numerosos sobregiros y préstamos por los cuales se les denunció. Las investigaciones del Banco detectaron un descubierto de dinero por $36.402.081 en cartera de difícil recaudo,

$15.421.152.52 en sobregiros, y extravío de bienes muebles destinados al Comité de Cafeteros de la región por valor de $92.000.

Perfeccionada la investigación se declaró cerrada, y el 30 de julio de 1991 el Juzgado de Instrucción calificó el mérito del sumario imputándoles a los procesados coautoría en los delitos de peculado por apropiación (art. 133 del C.P.) y falsedad en documento (art. 219 y 221) en concurso. Apelada esta providencia, fue modificada por el Tribunal Superior de Antioquia con auto del 20 de marzo de 1992, en el sentido de proferir resolución de acusación en contra de Néstor Bayron Piedrahita Upegui como autor en concurso de 126 peculados por uso (art. 134 C.P.), ejecutados en el otorgamiento de préstamos y sobregiros en su condición de Gerente del Banco Cafetero de Amagá. A Luis Gonzaga Ortiz Trujillo lo acusó como cómplice de 89 peculados por uso en concurso, en razón de sobregiros concedidos en los que él había actuado como visador del Banco.

Los hechos punibles imputados en la calificación del sumario y por los que posteriormente se profirió el fallo de condena, fueron determinados en el proceso, así (fols. 537 a 541):

"1- Pago de numerosos cheques sin fondos, girados por parientes de los sindicados, sin autorización de la Gerencia Regional la cual se requiere en tales casos, son:

1.1. Girados Por Edilma Sánchez Zapata, Esposa de Ortiz Trujillo, Cuenta Corriente NRO 27900572-2

Con Autorizacion del Gerente

No.	FECHA	NRÓ.CH	VALOR CH.	INCREMENTO SOBREGIRO
01	89/02/10	0322884	131.516.oo	504.316.00
02	89/04/17	0322899	68.200.00	67.287.00
03	89/04/24	0322904	80.000.00	77.087.00
04	89/04/02	0322905	34.643.00	505.298.00
05	89/05/02	0322910	9.000.00	505.298.00
06	89/05/02	0322911	10.000.00	515.298.00
07	89/05/03	0322913	11.000.00	526.298.00
08	89/05/09	0322914	18.400.00	483.698.00
09	89/05/22	0322920	115.800.00	733.127.00
10	89/95/24	0330972	12.000.00	745.127.00
11	89/05/30	0330973	5.000.00	699.031.00
12	89/05/30	0330977	106.700.00	805.731.00
13	89/05/31	0330975	7.000.00	844.231.00
14	89/05/31	0330976	31.500.00	844.231.00

No.	FECHA	NRO.CH	VALOR CH.	INCREMENTO SOBREGIRO
15	89/06/08	0330978	60.000.00	698.233.00
16	89/06/08	0330981	800.000.00	698.233.00
17	89/06/09	0330967	107.000.00	870.433.00
18	89/06/12	0330979	49.000.00	371992.00
19	89/06/12	0330985	115.200.00	913.433.00
20	89/06/15	0330990	22.750.00	591.742.00
21	89/06/19	0330989	20.000.00	809.342.00
22	89/06/19	0339070	130.000.00	809.342.00
23	89/06/22	0330982	48.750.00	858.092.00
24	89/06/29	0331000	1.000.000.00	849.470.00
25	89/06/30	0330992	49.000.00	728.470.00
26	89/07/04	0330963	46.215.00	878.505.00
27	89/07/07	0335324	60.000.00	858.505.00
28	89/07/10	0335326	60.000.00	948.398.00
29	89/07/10	0335321	53.000.00	858.398.00
30	89/07/10	0330994	38.893.00	858.398.00
31	89/07/10	0335322	30.000.00	948.398.00
32	89/07/13	0335328	19.250.00	887.648.00
33	89/07/17	0335332	60.000.00	851.648.00
34	89/07/21	0335323	72.750.00	821.398.00
35	89/07/21	0335329	15.000.00	821.398.00
36	89/07/24	0335338	14.000.00	947.555.00
37	89/07/24	0330987	164.000.00	933.555.00
38	89/07/24	0330983	87.376.00	933.555.00
39	89/07/31	0335336	48.500.00	946.055.00
40	89/07/31	0335331	70.000.00	946.055.00
41	89/08/01	0335339	60.000.00	1.308.594.00
42	89/08/01	0335345	61.000.00	1.099.594.00
43	89/08/02	0335341	100.000.00	1.199.594.00
44	89/08/22	0340124	43.750.00	32.568.51
45	89/08/24	0335349	49.500.00	542.068.51
46	89/08/28	0340122	55.000.00	617.468.51
47	89/08/28	0340131	70.400.00	617.468.51
48	89/09/04	0340135	45.000.00	462.555.51
49	89/09/04	0340136	150.256.00	612.811.51

No.	FECHA	NRO.CH	VALOR CH.	INCREMENTO SOBREGIRO
50	89/09/05	0340137	3.180.00	615.951.51
51	89/09/07	0340127	29.800.00	665.791.51
52	89/09/07	0340141	50.000.00	665.791.51
53	89/09/08	0335359	39.256.00	632.653.51
54	89/09/08	0340138	83.200.00	785.853.51
55	89/09/11	0335327	133.470.00	822.223.51
56	89/09/11	0340130	70.000.00	822.223.51
57	89/09/11	0340142	100.000.00	1.072.223.51
58	89/09/11	0340143	150.000.00	1.072.223.51
59	89/09/11	0340146	44.350.00	1.116.573.51
60	89/09/15	0340133	58.675.00	916.628.51
61	89/09/18	0340151	20.000.00	874.388.51
62	89/09/21	0340152	150.000.00	1.022.558.51
63	89/09/21	0340155	15.000.00	1.057.588.51
64	89/09/21	0340156	20.000.00	1.057.588.51
65	89/09/25	0340139	30.000.00	1.148.732.51
66	89/09/25	0340154	63.500.00	1.270.732.51
67	89/09/25	0340159	17.600.00	1.148.732.51
68	89/09/25	0340160	58.500.00	1.270.732.51
69	89/10/05	0344604	150.000.00	980.419.51
70	89/10/06	0344603	150.000.00	1.216.068.51

1.2- Girados Por Maria Virgelina Marín Vélez (Suegra Gerente). CTA. CTE NRO.27900346-1

No.	FECHA	NRO.CH	VALOR CH.	INCREMENTO SOBREGIRO
01	89/01/08	0284519	50.000.00	51.325.23
02	89/02/18	0322845	402.000.00	717.848.23
03	89/02/04	0322841	500.000.00	615.848.23
04	89/02/10	0322844	300.000.00	615.848.23
05	89/03/31	0322848	100.000.00	95.628.23
06	89/04/23	0322851	60.000.00	371.628.23
07	89/05/15	0322855	100.000.00	382.221.23
08	89/06/16	0322860	280.000.00	305.974.23
09	89/07/20	0322864	120.000.00	77.113.23
10	89/07/26	0322867	150.000.00	

No.	FECHA	NRO.CH	VALOR CH.	INCREMENTO SOBREGIRO
11	89/07/39	2322869	200.000.00	330.202.23
12	89/08/15	0322866	120.000.00	604.092.23
13	89/09/18	0322879	100.000.00	734.740.23
14	89/10/06	0322870	75.000.00	866.584.23
15	89/10/23	0344803	60.000.00	1.145.593.23
16	89/10/26	0344805	20.000.00	1.165.593.23
17	89/12/10	0284520	120.000.00	

1.3- Girados Por Raúl Antonio Sánchez Zapata, cuñado del visador Luis Gonzaga Ortiz Trujillo, Cta. Cte. Nro.27900602-7:

No.	FECHA	NRO.CH	VALOR CH.	INCREMENTO SOBREGIRO
01	89/08/27	0338789	30.000.00	126.100.00
02	89/09/28	0342972	100.000.00	949.149.00

PRESTAMOS. Los siguientes préstamos otorgados a las personas, en las fechas, cuantías y modalidades que seguidamente se relacionan:

01	Edilma Sánchez Zapata	89/02/25	1.000.000.00	Res. 10/80
02	Edilma Sánchez Zapata	89/06/12	500.000.00	F.R.C.
03	Ramón Antonio Ortiz	88/01/25	2.000.000.00	Dto.1730/74
04	Ramón Antonio Ortiz	89/05/25	100.000.00	Café
05	Ramón Antonio Ortiz	89/08/08	300.000.00	Café
06	María V. Marín Vélez	89/05/25	850.000.00	Comercio
07	Rafaela López Marín	88/03/18	300.000.00	Café
08	Raúl A. Sánchez Z.	89/10/07	800.000.00	Res. 10/80
09	Roberto A. Mejía C.	89/10/20	950.000.00	Café
10	Giraldo de J. Rodas	89/02/19	800.000.00	Café
11	Fabio de J. Arango G.	89/02/25	350.000.00	Café
12	Manuel C. Molina M.	89/06/18	300.000.00	Café
13	Horacio de J. Montoya	89/11/25	70.000.00	Café
14	Pedro A. Cardona M.	89/06/04	500.000.00	Café
15	Luis E. Peñaranda I.	89/07/18	490.000.00	Café
16	Aura de J Sánchez D.	89/04/23	1.500.000.00	Café
17	Juan de J. Agudelo G.	89/05/25	800.000.00	Dto.1730/74
18	Dolly Zuluaga S.	89/11/20	900.000.00	Café
19	Guillermo Holguín V.	89/03/02	650.000.00	Café
20	Guillermo Holguín V.	89/07/07	120.000.00	Café

No.	FECHA	NRO.CH	VALOR CH.	INCREMENTO SOBREGIRO
21	Guillermo A. Correa	89/10/20	2.000.000.00	Café
22	Guillermo A. Correa	89/03/11	1.000.000.00	Café
23	Horacio Gutiérrez M.	89/03/19	3.300.000.00	Café
24	Horacio Gutiérrez M.	89/05/25	2.200.000.00	
25	Ignacio Montoya V.	88/01/12	600.000.00	Consumo
26	Samuel A. Restrepo M.	89/05/22	2.000.000.00	Comercio
27	Germán de J. López S.	89/06/25	2.000.000.00	Res.10/80
28	Carlota Coromoto L.	89/09/04	3.500.000.00	Res.10/80
29	Tomás Camilo Nieto	89/04/02	2.500.000.00	Café
30	Tomás Camilo Nieto	89/09/10	3.500.000.00	Café
31	Rubén A. López S.	89/10/02	3.500.000.00	Consumo
32	Erasmo A. Rua S.	89/05/21	550.000.00	Agropecuario
33	Erasmo A. Rua S.	8902/17	2.000.000.00	Café
34	Erasmo A. Rua S.	88/05/15	1.500.000.00	Consumo
35	Pedro Luis Cardona A.	89/08/25	2.500.000.00	Transporte
36	Pedro Luis Cardona A.	89/04/20	500.000.00	Café
37	Pedro Luis Cardona A.	89/11/24	825.000.00	Café

2. El proceso de ejecutoria de la providencia que calificó el mérito del sumario se extendió hasta el 20 de marzo de 1992 (fl. 419), pues en esa fecha se suscribió por el Tribunal la providencia que resolvió la apelación interpuesta contra el calificatorio de primera instancia (art. 197 C.P.P.).

3. Celebrada la audiencia pública, el Juzgado Penal del Circuito de Titiribí, el 28 de noviembre de 1996, condenó como autor a Néstor Bayron Piederahita Upegui a 90 meses de prisión y 78 meses de interdicción de derechos y funciones públicas por el concurso de delitos de peculado de uso a que ya se ha hecho referencia. A Luis Gonzaga Ortiz Trujillo lo condenó como cómplice a 45 meses de prisión y 38 meses de interdicción de derechos y funciones públicas.

Recurrido el fallo en apelación el Tribunal de Antioquia lo confirmó con sentencia del 18 de abril de 1997 modificando la pena para Néstor Bayron Piedrahita Upegui, reduciendo la principal a 80 meses de prisión y la accesoria a 72 meses de interdicción de derechos y funciones públicas. Esta decisión fue notificada personalmente al Procurador Delegado en lo penal el 21 de abril de 1997 y a las demás partes, mediante edicto que permaneció fijado en la secretaría de la Sala desde el 24 hasta el 28 de abril siguiente (fls. 585V y 586).

El recurso de casación interpuesto fue denegado por el Tribunal con auto del 6 de junio de 1997 por improcedente. Contra esta decisión se recurrió de hecho, el que fue desechado con auto de la Corte de agosto 5 de 1997.

La Demanda de Revisión

El defensor de los sentenciados Luis Gonzaga Ortiz Trujillo y Néstor Bayron Piedrahita Upegui promueve acción de revisión con fundamento en la causal segunda del artículo 232 del Estatuto Procesal Penal, pues considera que se dictó sentencia en un proceso que no podía proseguirse por prescripción de la acción.

Resalta que la resolución de acusación proferida en contra de sus representados adquirió ejecutoria el 20 de marzo de 1992, fecha en la cual fue firmada por la Sala de Decisión del Tribunal la providencia que resolvió el recurso de apelación que se interpuso contra el auto de primera instancia que calificó el mérito del sumario, y sólo hasta el 18 de abril de 1997 se profirió la sentencia condenatoria de segunda instancia.

Cuando se produjo la sentencia de segunda instancia la acción penal se encontraba prescrita conforme a los artículos 80 y 84 del Código Penal, pues el término de la prescripción era de cinco años, por no poder ser inferior, contados desde la ejecutoria de la resolución de acusación, lapso que ya se había superado al dictarse aquella.

Pide a la Corte declarar fundada la causal de revisión invocada, dejar sin efecto el fallo cuestionado, y que se profiera la decisión que en derecho corresponda, dejándose en libertad a los procesados, la que ya les fue reconocida provisionalmente en providencia del 15 de septiembre de 1997 en trámite de acción de tutela, mientras se decide la acción de revisión.

Trámite de la Acción

1. Admitida la demanda de revisión y allegado al expediente el proceso, se abrió a prueba por el término de ley, para procederse seguidamente a correr el asunto en traslado para alegaciones por no existir pruebas que practicar.

2. Oportunamente la Procuraduría Cuarta Delegada en lo Penal presentó sus argumentos, haciendo un resumen de los hechos y de la actuación procesal cumplida. En referencia al motivo concreto de revisión sostiene que el término prescriptivo de la acción penal efectivamente se cumplió encontrándose en trámite el recurso de apelación de la sentencia, debiendo la Corte declarar sin valor los fallos, conforme al artículo 240 del estatuto procesal.

Explica que el término de prescripción en la etapa del sumario era de 6 años y 8 meses en virtud de la pena máxima establecida para el peculado de uso por el artículo 134 del Código Penal, y el aumento establecido por el art. 82 *ibidem* por haberse realizado la conducta en ejercicio de las funciones públicas asignadas a los responsables. Siguiendo los lineamientos del numeral segundo del artículo 84 *idem*, afirma que la prescripción de la acción penal corrió nuevamente desde el 20 de marzo de 1992, fecha en la que quedó ejecutoriada la resolución de acusación, por cinco años pues la mitad del señalado en el artículo 80 resultaba inferior a ese lapso.

3. El accionante retoma los planteamientos expuestos en la demanda, e insiste que la prescripción de la acción penal se materializó entre la fecha en que quedó ejecutoriada la resolución de acusación y antes de proferirse por el Tribunal Superior de Antioquia la sentencia condenatoria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El delito por el cual fueron juzgados y condenados los accionantes es el de peculado por uso previsto en el artículo 134 del Código Penal, y cuya pena privativa de la libertad es de uno (1) a cuatro (4) años de prisión.

En esas condiciones, de acuerdo con los artículos 80 y 82 *ibidem*, el término de prescripción de la acción desde la comisión del hecho hasta la ejecutoria de la calificación del sumario es de cinco (5) años, aumentado en una tercera parte por haber sido cometido dentro del país por servidores públicos en ejercicio de sus funciones, lo cual da un total de seis (6) años ocho (8) meses.

2. Ejecutoriada la resolución de acusación el término empieza a correr nuevamente, pero según lo dispuesto en el artículo 84 *ibidem*, "por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80", sin que pueda ser inferior a cinco años.

Desde luego, cuando el delito fuere cometido dentro del país por servidor público en ejercicio de sus funciones, el término previsto en el artículo 80 se tiene que incrementar en una tercera parte, como lo ordena el artículo 82, y para el caso que nos ocupa, el tiempo es de seis (6) años ocho (8) meses.

Dicho de otra manera, el artículo 80 señala que la prescripción de la acción se presenta en un tiempo igual al máximo de la señalada en la ley si fuere privativa de la libertad, teniendo en cuenta las circunstancias de agravación y atenuación concurrentes, nunca inferior a cinco (5) años ni superior a veinte(20). Esta norma es complementada por los artículos 81 y 82, en el primero en el sentido de aumentar el término de prescripción en

la mitad cuando el delito se hubiere iniciado o consumado en el exterior, y en el segundo, el incremento es de una tercera parte cuando el delito fuere cometido dentro del país por servidor público en ejercicio de sus funciones. Esto obliga a entender que cuando el artículo 84 se refiere a la mitad del término previsto en el artículo 80, dejando el mismo mínimo, significa que su lectura hay que hacerla con las normas que lo complementan, pues es ilógico que la distinción sea solamente para el sumario y se deseche en el juicio, cuando las razones de dificultad que ameritan que el Estado tenga un tiempo mayor para investigar y juzgar esa clase de hechos siguen siendo las mismas.

Aún más, el término de prescripción para un delito iniciado o consumado en el exterior, o cometido dentro del país por un servidor público en ejercicio de sus funciones o de su cargo, o con ocasión de ellos, no lo fija el artículo 80, situación que llevaría a decir que la disminución de que trata el artículo 84 no se aplica a esos casos, pues en realidad para ellos el término de prescripción de la acción está dado por la integración de los artículos 80 y 81, y 80 y 82. Como el artículo 84 es posterior, se entiende que se aplica a los eventos anteriores, pero siempre y cuando su lectura sea completa.

Este es el criterio adoptado por la Corte de tiempo atrás, inicialmente en forma unánime, después con un salvamento de voto, repetido en numerosas decisiones, entre ellas las de mayo 2 y septiembre 5 de 1990, M. P. Guillermo Duque Ruiz; abril 28 de 1992, M. P. Juan Manuel Torres Fresneda; diciembre 6 de 1995, M. P. Ricardo Calvete Rangel; y 28 de agosto de 1997, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

3. En el proceso que ocupa la atención de la Sala la resolución de acusación cobró ejecutoria el 20 de marzo de 1992, y la sentencia de segunda instancia hizo tránsito a cosa juzgada el 5 de agosto de 1997, tiempo inferior a los seis (6) años ocho (8) meses que se requería que transcurrieran para que se presentara el fenómeno de la prescripción de la acción que reclaman en la demanda de revisión, por lo tanto no se accederá a la solicitud.

4. Como una Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín en fallo de tutela ordenó suspender la ejecución de la sentencia dictada contra Néstor Bayron Piedrahita Upegui y Luis Gonzaga Ortiz Trujillo, creyendo que la sentencia se había dictado dentro de un proceso cuya acción estaba prescrita, lo cual de acuerdo con lo que aquí se decide no es cierto, se dispondrá la captura de los condenados para que terminen de pagar la pena impuesta.

Es oportuno anotar que esta situación es consecuencia del empleo abusivo e inconstitucional de la tutela, violatorio de la garantía de la seguridad jurídica, pues existiendo la acción de revisión no tenía el Tribunal porque admitir su procedencia, y es absurdo que se aduzca perjuicio irre-

mediable frente a una sentencia de segunda instancia debidamente ejecutoriada, y mucho menos apoyándose en un criterio sobre prescripción contrario al reiterado por la jurisprudencia, y en todo caso circunscrito a la interpretación de la ley.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal- administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Negar la revisión solicitada por el apoderado de los condenados Luis Gonzaga Ortiz Trujillo y Néstor Bayron Piedrahita Upegui.

2. Para que continúe el cumplimiento de la pena impuesta, líbrense las órdenes de captura correspondientes, con la advertencia de que sean puestos a disposición del Juzgado Penal del Circuito de Titiribí (Antioquia).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen. Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar (No firmó), Didimo Páez Velandia (salvó voto), Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Ref.: Revisión No. 14-020

Actor: *Luis Gonzaga Ortiz T. Otro*

Peculado por uso

Magistrado Ponente: *Ricardo Calvete R.*

El punto de mi discrepancia con la mayoria radica exclusivamente en que mientras para ésta no ha operado la prescripción de la acción penal adelantada contra los aquí condenados, para mí sí, y en consecuencia, ha debido prosperar la acción de revisión y consecuencialmente, decretarse la cesación de procedimiento correspondiente, pues el término máximo previsto en la ley para el delito imputado, en la etapa del juicio sería el de cinco (5) años, el que a no dudarlo se cumplió el 20 de marzo de 1997, cuando la sentencia de segunda instancia aún no se había proferido (18 de abril de 1997).

Las razones que tengo para fundar mi disentimiento ya han sido expresadas así:

"Comparto la afirmación de que 'el asunto es muy sencillo', pero no la solución que se ha dado por la mayoría. Las razones son las siguientes:

a) La legislación colombiana, al referirse a la prescripción de la acción penal en la etapa del sumario, señala una regla que es la contenida en el artículo 80 del C.P., esto es, que tal fenómeno se da 'en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso, será inferior a cinco ni excederá de veinte' (si no fuere privativa de la libertad, el término será de cinco años). Y agrega, que para este efecto "se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes" (destacado fuera de texto).

"Esas.. 'circunstancias concurrentes' son todas las específicas que atenúan o agravan el delito y obviamente aquellas que el propio legislador señaló para los fines exclusivamente prescriptivos de la acción como las de los artículos 81 y 82 del C.P., que, en consecuencia, han de ser deducidas en el sumario en cumplimiento de la regla señalada, por ser no sólo circunstancias

de 'agravación punitiva' cuando de prescripción de la acción se trata, sino además, estar contenidas en preceptos consecutivos.

"La excepción a esta regla tan clara, la trae el artículo 84 ibídem en forma igualmente inequívoca, esto es, que en el juicio ese término prescriptivo de la acción fijado se reduce a la mitad ("por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80", dice perentoriamente la norma), sin que pueda ser inferior a cinco años.

"Por manera que ante tal claridad normativa ha de sostenerse sin lugar a la menor duda que el legislador ha querido que el término prescriptivo de la acción en la etapa del juicio sea la mitad del señalado para el sumario, sin que pueda ser inferior a cinco años, o dicho de otra manera, que para encontrar el término prescriptivo de la acción en la etapa del juicio, se debe deducir primero el del sumario para el caso concreto (tomando en cuenta las circunstancias específicas que atenúen o agraven la pena y la de los artículos 81 y 82 del C.P.), y luego se divide por dos.

"La mayoría de la Sala, en la providencia de la cual discrepo, no atendió esta elemental regla con lo cual –y lo digo con sumo respeto– no sólo dedujo doblemente la circunstancia referida en el artículo 82 del C.P., sino, que además, dejó el término prescriptivo de la acción igual tanto para el sumario como para el juicio, cuando el legislador, como se vió, dijo que éste tenía que ser la mitad de aquél.

"La interpretación de la mayoría sería viable, no obstante la contradicción puesta de relieve, si el contenido del artículo 82 hubiese correspondido al epígrafe del mismo, para lo cual tendría que haber dicho, por ejemplo: 'El término prescriptivo de la acción se aumenta en una tercera parte en tales eventos..', o al menos, que hubiesen sido normas posteriores al artículo 84; ahí sí jugaría el incremento tanto en el sumario como en el juicio. Pero, como eso no es lo que dice la norma, sino que lo deducido en los artículos 80, 81 y 82 se divida en la etapa del juicio por dos, no puedo compartir la tesis desfavorable al procesado pues, en mi sentir, la acción ya está prescrita por tratarse de la etapa del juicio y haber transcurrido cinco años (tope mínimo para todos los eventos, sin excepción alguna), toda vez que la mitad de 6 años y 8 meses (término en que prescribía la acción en el sumario) es inferior al mínimo fijado en el artículo 84 del C.P." (salvamento de voto. Casación 10.890 de dic. 6/95. M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

Dídimo Páez Velandia

Magistrado

IRREFORMABILIDAD DE LA SENTENCIA/
SENTENCIA-Error aritmético

Por error aritmético, como factor limitante del principio de irreformabilidad de la sentencia, ha sido entendido el que resulta de una equivocada operación numérica (sumas, restas, multiplicaciones, divisiones), o de la transmutación de guarismos en el traslado de cifras de la parte motiva a la resolutiva, según jurisprudencia reiterada de la Corte (Cfr. Providencias de octubre 30/91 Mag. Pte. Dr. Didimo Páez Velandia y diciembre 13/94 Mag. Pte. Doctor Jorge Carreño Luengas).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Proceso No. 10341

Aprobado Acta No. 143

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia mediante la cual el Tribunal Superior de Antioquia condenó al procesado Javier Enrique Arboleda Restrepo a la pena principal de 104 meses de prisión, como autor responsable de los delitos de homicidio en estado de ira y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 3 de junio de 1993, en la cantina "Cantaclaro" del Corregimiento de Aragón, Municipio de Santa Rosa de Osos (Antioquia), Javier Enrique Arboleda Restrepo disparó su arma de fuego contra Javier Hernando Echavarría Arboleda causándole la muerte.

Iniciada la investigación, la fiscalía vinculó al proceso mediante indagatoria a Arboleda Restrepo, resolvió su situación jurídica y, el 14 de octubre de 1993, calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria por los delitos de homicidio agravado, en estado de ira, y porte

ilegal de armas de fuego de defensa personal, acorde con lo establecido en los artículos 323 y 324.7 del Código Penal, modificados por los artículos 29 y 30 de la Ley 40 de 1993, y lo previsto en el artículo 1° del Decreto 3664 de 1986, adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 (fls.8, 50, 159-1).

Rituada la causa, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos, mediante sentencia de marzo 8 de 1994, condenó al procesado a la pena principal de 17 años y 6 meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como autor responsable de los delitos de homicidio agravado, con la atenuante del artículo 60 del Código Penal, y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, conforme a los cargos formulados en la resolución de acusación (fls. 248-1).

Apelado este fallo por el defensor de Arboleda Restrepo, el Tribunal Superior de Antioquia, mediante el suyo de 7 de octubre siguiente, desechó la agravante del artículo 324.7 del Código Penal y condenó al procesado a la pena principal de 44 meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Sentado, entonces, que el procesado Arboleda realizó un concurso real y heterogéneo de dos delitos, uno de homicidio simple, tipificado en el artículo 323 del C. Penal, punitivamente atenuado conforme a los dictados del 60 ibidem, y el otro de 'porte ilegal de arma de fuego de defensa personal', previsto en el artículo 1° del Decreto 2266 de 1991, corresponde definir que el hecho punible sancionado con pena más grave es el atentado contra la vida. En efecto, la pena establecida en la disposición incriminante oscila entre 10 y 15 años de prisión (art. 323). De conformidad con las previsiones de los artículos 26 y ss., 61 y 67 del estatuto represor, la colegiatura partirá del mínimo de la pena antes estipulada, esto es, 10 años de prisión, toda vez que el expediente no registra factor alguno que obligue al juzgador a partir de una base superior. El mínimo de 10 años será disminuido o reducida (sic) a una tercera parte, conforme a las previsiones del artículo 60 ibidem, *arrojando un resultado de cuarenta meses, base que a su vez será objeto de incremento en cuatro meses por razón del concurso del homicidio con el porte ilegal de arma de fuego, ofreciendo un total imponible en definitiva de Cuarenta Y Cuatro (44) meses de prisión. La pena accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas será reducida en la misma proporción. Estas variaciones obligan a introducir las respectivas reformas al fallo de primer grado que, en todo lo demás, satisface cabalmente las exigencias formales y sustanciales previstas en la ley". (fls.340-1).*

Durante el término de ejecutoria de esta decisión el apoderado de la parte civil advirtió al Tribunal que la norma aplicable al caso no era el

artículo 323 del Código Penal, con fundamento en la cual había dosificado la pena, sino el 29 de la Ley 40 de 1993, que prevcía una sanción privativa de la libertad mínima de 25 años, insinuándole acudir a su corrección directa, por tratarse de un simple error aritmético (fls.347-1).

Mediante providencia de 14 de octubre de 1994, el Tribunal, fundamentándose en el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal, accedió a las pretensiones de la parte civil, condenando al sindicado a la pena principal de 104 meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por diez años (fls.348-1).

Contra el fallo así proferido, el defensor del procesado interpuso el recurso extraordinario.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal tercera de casación, y en los numerales 1° y 2° del artículo 304 del estatuto procesal, el demandante acusa la sentencia impugnada de encontrarse afectada de nulidad, debido a errores en su producción que vulneran el debido proceso, y por haber sido objeto de reforma sin tener los juzgadores competencia para ello.

Sostiene que en la decisión de 7 de octubre, el *ad quem* incurrió en un ostensible error de adecuación normativa al aplicar el artículo 323 del Código Penal con desconocimiento del 29 de la Ley 40 de 1993, dejando de esta manera incompleto el enunciado de la proposición jurídica.

Cuando se invoca una norma, ignorando otra que la complementa, no se incurre en error aritmético, sino en un ostensible error *in iudicando*, que debe ser corregido por mecanismos distintos del contemplado en el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal. En este caso, mediante la interposición del recurso de casación.

De la lectura del proveído de 14 de octubre se concluye que el Tribunal profirió una auténtica sentencia de sustitución, en cuanto hizo una nueva adecuación típica y realizó un nuevo proceso de individualización, burlando la expresa prohibición que contiene el artículo 211 del estatuto procesal.

Si el error exigía un nuevo proceso de concreción de la norma sustancial vulnerada, no podía ser de carácter aritmético, ni era susceptible de ser enmendado por el mismo funcionario. Por tanto, el Tribunal, al proferir una nueva decisión en las condiciones anotadas, burló la prohibición contenida en la precitada norma y usurpó una competencia que no tenía, lesionando los intereses del procesado, en cuanto ha impedido el debate sustancial de la decisión recurrida.

Apoyado en estas consideraciones, pide a la Corte casar el fallo impugnado, decretando la nulidad del proceso a partir del proveído de 14 de octubre de 1994.

Alegato apreciatorio

El apoderado de la parte civil se opone a las pretensiones de la demanda, argumentando que el juzgador no profirió sentencia alguna de sustitución, ni realizó una nueva adecuación típica, ni formuló un nuevo proceso de individualización de la pena, como allí se sostiene. Simplemente entró a corregir un error aritmético, con sujeción absoluta a los parámetros normativos legalmente establecidos (fls. 434-1).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Penal sostiene que el debido proceso, lejos de constituir un postulado teórico, implica además la materialización de la seguridad jurídica; puesto que el objetivo principal de un enjuiciamiento con las debidas garantías es 'establecer una limitación de atribuciones estatales a un procedimiento aceptado, de manera que se pueda evitar el ejercicio arbitrario del poder', como se desprende del artículo 29 de la Carta de las Naciones Unidas, y no resulta ajeno al mandato constitucional y legal contenido en los artículos 29 de la Carta Política y 1° del Código de Procedimiento.

De allí que le asista razón al libelista para demandar en casación la nulidad del pronunciamiento de 14 de octubre de 1994, pues el procedimiento utilizado para corregir la sentencia ya emitida es claramente irregular.

En primer lugar, el artículo 211 del Código de Procedimiento establece tres excepciones al principio de irreformabilidad de la sentencia, precisamente por la prevalencia de la seguridad jurídica que están llamadas a ofrecer las decisiones judiciales, razón por la cual, han de ser interpretadas de manera restrictiva, "ya que cualquier intento laxo de interpretación analógica conduciría al caos y la anarquía jurídica que solo evidencian arbitrariedad en el ejercicio del poder de decisión judicial".

Siendo ello así, no podía el Tribunal, so pretexto de corregir un error aritmético, quebrar su propia sentencia, haciendo las veces de Tribunal de casación, como quiera que el error en que se incurrió inicialmente fue de aplicación indebida del artículo 323 del Código Penal y falta de aplicación del 29 de la Ley 40 de 1993, que implica en el fondo una abierta violación del principio de legalidad de la pena, cuya corrección competía a la Corte en sede extraordinaria.

Cuando el fallador aplica una norma derogada haciéndole producir efectos punitivos, no puede entrar a corregir esta ilegalidad acudiendo a las circunstancias excepcionales de irreformabilidad de la sentencia, pues este tipo de ajustes suponen la validez de los preceptos legales que soportan la decisión.

Además de que el artículo 211 no posibilita una ilimitada revisión de la sentencia por el fallador que la ha dictado, tampoco permite a los sujetos procesales la interposición de recursos diferentes a los de apelación cuando es de primera instancia, o el extraordinario si es de segundo grado. De allí que la parte civil, en el caso concreto, no estaba facultada para interponer paladinamente un recurso de reposición so pretexto de solicitar la corrección de un supuesto error aritmético, ni el Tribunal podía acceder a esta insólita petición.

Solicita a la Corte, en consecuencia, casar el fallo impugnado, decretando la nulidad de la decisión de 14 de octubre de 1994.

SE CONSIDERA

En virtud del principio de irreformabilidad de las sentencias consagrado en el artículo 211 del estatuto procesal penal, esta clase de decisiones judiciales no son susceptibles de ser modificadas ni revocadas por el órgano que las ha proferido, salvo que contengan un error aritmético, una imprecisión en el nombre del procesado, o una omisión sustancial en la parte resolutiva, en cuyos eventos la norma lo autoriza para hacer la enmienda o adición respectiva, oficiosamente o a instancia de los sujetos procesales.

A diferencia de la regulación contenida en el estatuto procesal anterior (Decreto 050/87, art. 216), que permitía esta clase de reformas únicamente en el término de ejecutoria del fallo respectivo, el actual estatuto nada dice al respecto, razón por la cual la doctrina de la Corte ha interpretado que puede efectuarse en cualquier época, siempre y cuando no se torne improcedente.

Por error aritmético, como factor limitante del principio de irreformabilidad de la sentencia, ha sido entendido el que resulta de una equivocada operación numérica (sumas, restas, multiplicaciones, divisiones), o de la transmutación de guarismos en el traslado de cifras de la parte motiva a la resolutiva, según jurisprudencia reiterada de la Corte (Cfr. Providencias de octubre 30/91 Mag. Pte. Dr. Didimo Páez Velandia y diciembre 13/94 Mag. Pte. Doctor Jorge Carreño Luengas).

Si la modificación pretendida compromete, por cualquier motivo, los fundamentos fácticos o jurídicos del fallo, no se está entonces en presencia de un error de esta naturaleza, sino de uno *in iudicando*, susceptible solo de ser corregido por la vía de los recursos.

Los hechos, en el caso *sub judice*, tuvieron lugar el 3 de junio de 1993, cuando ya era vigente la Ley 40 de 1993, que sanciona el homicidio simple con pena privativa de la libertad de 25 a 40 años de prisión (art. 29), y el agravado con pena de 40 a 60 años (art. 30). Con fundamento en estas normas la fiscalía profirió resolución de acusación por el referido delito, y

soportado en ellas el juzgador de primer grado dictó sentencia de condena y efectuó la dosificación punitiva correspondiente.

Al conocer el Tribunal del recurso de apelación interpuesto contra el fallo así proferido, y desestimar la agravante del numeral 7° del artículo 30 de la citada ley, llevó a cabo una nueva dosificación de la pena para ajustarla a los marcos punitivos establecidos para el homicidio simple, pero en lugar de llevar el hecho al supuesto del artículo 29 de la Ley 40 de 1993, subrogatorio del artículo 323 del Código Penal, y hacerle producir las consecuencias punitivas correspondientes, equivocadamente lo hizo en la norma subrogada (art.323), que tenía adscrita pena de 10 a 15 años, imponiendo por tal razón al procesado una sanción muy inferior a la que legalmente correspondía.

La ocurrencia del error no se discute. Es claro que el *ad quem* al individualizar la pena con fundamento en el original artículo 323, dio aplicación a una sanción por debajo de la legalidad básica establecida. Pero este desacierto distante está de poder ser catalogado como error aritmético.

La diferencia entre el *quantum* de pena impuesto al procesado por el delito de homicidio y el que legalmente correspondía imponer, no se presentó a consecuencia de una equivocada operación matemática, ni de una inadvertida transmutación de cifras, como artificiosamente ha sido presentado por el *ad quem*.

El error sobrevino porque el Tribunal dejó de aplicar la norma correcta, lo cual, técnica y jurídicamente corresponde a un error de selección, con concreción en la aplicación indebida del anterior artículo 323 del Código Penal y falta de aplicación del 29 de la Ley 40 de 1993, susceptible de ser enmendado solo a través del ejercicio de los recursos, en cuanto el juzgador no podría subsanarlo sin modificar previamente los fundamentos jurídicos del fallo.

Siendo ello así, debe concluirse que el Tribunal desoyó el artículo 211 del estatuto procesal, que prohíbe al Juez reformar su propio fallo por motivos distintos de los allí anunciados, y que su actuación, por tanto, en cuanto dice relación con la supuesta corrección, es a su vez un error en la constitución del proceso, que lo afecta de nulidad, por desconocimiento de sus bases fundamentales.

No se trata, como lo entiende el demandante, de una situación de incompetencia, pues el Tribunal la tenía en virtud del recurso de apelación de que venía conociendo, y la corrección habría sido legítima de no haber desbordado los límites señalados en el multicitado artículo 211 del estatuto procesal (Cfr. Cas. feb. 22/96. Magistrado Ponente Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar).

Es de precisarse, así mismo, que la circunstancia de haber sido la decisión modificatoria tomada a instancia del apoderado de la parte civil,

no constituye un factor adicional de ilegalidad del pronunciamiento, si se tiene en cuenta que el juez no requiere de petición de parte para poder hacerlo, y que su facultad oficiosa no desaparece porque uno de los sujetos procesales, sin interés para solicitarlo, la formule.

Efectos de la prosperidad de la censura

1. El artículo 229.1 del Código de Procedimiento Penal dispone que cuando la causal de casación aceptada fuere la tercera, y la nulidad afecte exclusivamente la sentencia impugnada, la Corte debe proferir fallo de reemplazo. Esta es la solución que corresponde aplicar en dicho supuesto, a menos que el vicio invalidatorio sea de tal naturaleza que haga necesario tener que surtir nuevamente la segunda instancia para asegurar las garantías de los sujetos procesales, como acontece cuando por defectos de motivación no es posible conocer el alcance de la decisión, según ha sido establecido por esta Sala en doctrina reiterada (Cfr. por todos Cas. Feb.7/94. Magistrado Pte. Dr. Duque Ruiz).

El demandante y el Procurador Delegado en su concepto, propugnan por la declaratoria de nulidad de la providencia aclaratoria y el reenvío del proceso al Tribunal para que continúe el trámite de ejecutoria de la sentencia objeto de la enmienda, dando de esta manera oportunidad a las partes para interponer de nuevo recurso extraordinario en su contra.

Una solución planteada en estos términos, implica la aceptación de dos supuestos: a) Que la decisión mediante la cual el juzgador introduce una corrección o aclaración a su propio fallo es de carácter autónomo; y, b) Que participa de las características de una sentencia. Solo así podría explicarse que en su contra pueda interponerse el recurso extraordinario de casación -esta impugnación en nuestro ordenamiento vigente no procede contra decisiones interlocutorias-, y que su decisión en esta sede se tome con absoluta prescindencia de la sentencia que fue objeto de aclaración.

Ambas posturas, en sentir de la Corte, son equivocadas. A través de la providencia aclaratoria el juzgador no resuelve -ni puede hacerlo- el objeto del proceso, como para pensar que este pronunciamiento participe de las características de una decisión de mérito, sino que apenas enmienda una situación referida a un aspecto sustancial del mismo, ya decidido en el fallo objeto de corrección, condición que a lo sumo permitiría reconocerle carácter interlocutorio.

Admitir la existencia de dos decisiones de mérito dentro de un mismo proceso, relacionadas con un mismo sujeto e idéntico objeto, ambas susceptibles de ser impugnadas por separado en sede extraordinaria, contraría los principios de unidad del fallo y de impugnación, como expresiones de la unidad de procedimiento, y crea un factor de caos, negación del concepto mismo del proceso.

Para esta Sala, la decisión mediante la cual el juzgador introduce modificaciones a su propia sentencia dentro del término de su ejecutoria, no participa de ninguna de estas características: ni es por su naturaleza una providencia de mérito, ni posee carácter autónomo. Es una parte integrante de ella; con la cual constituye una unidad jurídica indivisible, un todo, no siendo plausible su escisión para efectos de la interposición de recursos ni su consiguiente decisión.

Derivado de lo anterior, resulta tener que proponer los recursos contra la sentencia como unidad, planteando de una vez la totalidad de los ataques, sea que estén dirigidos contra aspectos contenidos en la decisión modificatoria, la que ha sido objeto de enmienda, o ambas, pero siempre en el entendido de estar impugnando una unidad jurídica.

En este supuesto, ha de insistirse, la decisión que contiene la corrección o aclaración se integra al fallo conformando un cuerpo único, debiendo ser impugnado como unidad jurídica por las partes, y en la misma forma han de ser resueltos los recursos, sin que sea dable atomizar la impugnación en procura de un doble pronunciamiento del superior en relación con la misma sentencia.

Lo dicho solo es predicable de los casos en los cuales las aclaraciones o correcciones se presentan dentro del término de ejecutoria del fallo, pues las sobrevinientes a ella corresponden a la fase ejecutiva de la decisión, y su tratamiento ha de ser el de un pronunciamiento propio de la misma.

En los referidos términos se precisan anteriores decisiones de esta Sala en relación con el punto que ha sido objeto de análisis.

2. En el caso *sub judice*, el pronunciamiento que dispuso la corrección de la sentencia fue dictado dentro del término de ejecutoria de ésta, razón por la cual con ella integra una entidad. De allí que la impugnación extraordinaria interpuesta en su contra comprenda la totalidad del fallo, no exclusivamente la enmienda, como parecen entenderlo el demandante y el Procurador Delegado.

Esto impone a la Corte casar la sentencia atacada y dictar fallo de sustitución, acorde con lo establecido en el citado artículo 229.1 del estatuto procesal, en cuanto es claro que la corrección del vicio invalidatorio no impone la reposición integral del fallo, ni la repetición de la segunda instancia para asegurar las garantías de los sujetos procesales.

Casación oficiosa

Al declarar la Corte sin valor la corrección efectuada por el Tribunal, recobra plena vigencia la pena inicialmente impuesta por éste. Mas como quiera que ella contraría abiertamente el principio de legalidad, en cuanto que su dosificación se hizo con fundamento en una norma no aplicable al

caso, se procederá a su corrección oficiosa, en ejercicio de la función nomofiláctica que por esencia debe desarrollar la Corte en sede de casación, y de la facultad que le otorga el artículo 228 del estatuto procesal.

Ya se ha dicho que la norma aplicable al caso no es el subrogado artículo 323 del Código Penal sino el 29 de la Ley 40 de 1993, que prevé una sanción privativa de la libertad de 25 a 40 años, pues el Tribunal desestimó la agravante por indefensión deducida en la sentencia de primer grado. En tales condiciones, la pena aflictiva imponible sería 104 meses de prisión, tal como lo determinó el *ad quem* en la decisión aclaratoria, que se obtienen de aplicar al mínimo de 25 años un descuento de las 2/3 partes por virtud de la atenuante de la ira, operación que arroja como resultado cien (100) meses, los que se incrementan en cuatro meses por razón del concurso. La pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas se mantendrá en diez (10) años.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Segundo Delegado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada para declarar sin valor la dosificación de la pena realizada por el Tribunal Superior con fundamento en el original artículo 323 del Código Penal, y su corrección de 14 de octubre de 1994.

2. Condenar al procesado Javier Enrique Arboleda Restrepo a la pena principal de 104 meses de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por diez (10) años, como autor responsable de los delitos de homicidio simple en estado de ira y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

En lo demás, el fallo mantiene su vigencia.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, no firmó; *Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

IMPEDIMENTO/ RECUSACION

La naturaleza de la institución de los impedimentos y las recusaciones, dentro de un sistema con tendencia acusatoria, ha permitido a esta Sala en reiteradas oportunidades reconocer que su razón de ser radica en la protección que a los ciudadanos se debe dar para que la imparcialidad, como atributo del Juez natural, oriente la administración de justicia por los caminos de la actividad confiable, impoluta, lúcida y libre de toda sospecha.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 14657

Aprobado Acta No. 141 (septiembre 17/98)

Vistos

De acuerdo con el artículo 106 del C.P.P. la Corte decide de plano el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Juan Bautista Quintero, con miras a separarse del conocimiento del proceso penal que se adelanta contra Gonzalo Santa Castillo por el delito de homicidio tentado.

Antecedentes

Por hechos ocurridos en Cali el 17 de julio de 1995, en los que resultaron lesionados con arma de fuego los ciudadanos José Mauricio Riascos y Jhon Fredy Upegui, fue vinculado como sindicado Gonzalo Santa Castillo a la investigación adelantada por el Fiscal 43 de la Unidad Tercera de Vida.

Gravado con medida de aseguramiento de detención preventiva como coautor del delito de homicidio tentado, la etapa sumarial concluyó con resolución de acusación contra el procesado, la cual, al ser recurrida, fue confirmada el 15 de abril de 1996 por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, abriendo paso al ciclo del juicio cuyo conocimiento asumió el juzgado

4° Penal del Circuito de Cali, despacho que cuando se disponia a fallar en primera instancia decidió variar la denominación jurídica de tentativa de homicidio dada a la infracción en el calificatorio por la de lesiones personales.

La providencia no fue compartida por el Fiscal, razón por la cual la impugnó obteniendo su revocatoria del Tribunal, cuya Sala de Decisión estuvo integrada, entre otros, por el Magistrado Juan Bautista Quintero Meza.

Finalizada la causa en primera instancia con sentencia condenatoria, el proceso regresó al Tribunal merced a la alzada promovida por la defensa correspondiéndole por reparto al citado Magistrado quien se declaró impedido para integrar la Sala que habría de resolver el recurso, y apoyándose en algunas consideraciones del pronunciamiento mediante el cual la corporación hubo de revocar el cambio de la denominación jurídica del delito hecha por el juzgado, manifesta que adelantó "una visión valorativa que en este momento me impide asumir el estudio de la sentencia dictada desde un plano de absoluta imparcialidad que corresponde a un Juez probo".

Opina el Magistrado que en su caso se trata de un impedimento de carácter constitucional y no legal, pues "actualmente la norma Superior determina con total transparencia que el funcionario que formula los cargos -el fiscal- sea alguien absolutamente diferente a aquel que deba fallar; es decir que por norma superior esa función no puede darse en una misma persona."

Como apoyo a su manifestación de inhibición aduce que en la anterior Constitución no existía, como si ocurre ahora, el desarrollo de las garantías reconocidas a través de tratados internacionales, por lo que su situación no puede limitarse a un plano meramente procedimental so pretexto de no encuadrar en cualquiera de las previsiones del artículo 103 del C.P.P. por lo que "Me hallo en la obligación de insistir en el sentido de que la primacia de la Carta Política obliga a entender que toda norma que resulte constitucional es por supuesto legal, pero no toda norma legal por si misma es constitucional; el camino correcto a todo jurista debe ser por tanto el de examinar primero la constitucionalidad de un texto de derecho, para entonces si tener certeza de su legalidad".

Es asi como se ve incapaz de juzgar con independencia unos hechos respecto de los cuales en el pretérito adelantó un concepto sobre la posible responsabilidad penal del procesado como autor material de homicidio tentado; situación modal que si literalmente no cabe en ninguno de los casos señalados al efecto por el artículo 103 del C.P.P. "sustancialmente se nutre de las razones a que alude el numeral 11, pues en el interlocutorio de septiembre veintiséis de mil novecientos noventa y siete marqué pau-

tas a la falladora de primer grado en torno a la posible responsabilidad penal de Gonzalo Santa Castillo".

Los compañeros de Sala del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali declararon infundado el impedimento con el argumento de que en la materia se impone el principio de taxatividad, el cual no da "lugar a que el intraneus judicial, no pueda intervenir en cumplimiento de los deberes propios que la función le impone, en resoluciones posteriores que deban tomarse dentro del mismo asunto", pues cuando el superior jerárquico debe "corregir lo equívoco e inadecuadamente elaborado, y si para ello necesaria y obligadamente tiene que hacer referencia a episodios tocantes con el protagonista del hecho, vislumbrando y consignando incluso, su serio compromiso, no quiere decir que esté comprometiendo su criterio y corriendo riesgos, el mismo, en ulteriores decisiones".

Estos argumentos resultaron suficientes para destacar que el impedimento no se avenía a las preceptivas que sobre el tema establece el artículo 103 del C.P.P.

Consideraciones de la Corte

La naturaleza de la institución de los impedimentos y las recusaciones, dentro de un sistema con tendencia acusatoria, ha permitido a esta Sala en iteradas oportunidades reconocer que su razón de ser radica en la protección que a los ciudadanos se debe dar para que la imparcialidad, como atributo del Juez natural, oriente la administración de justicia por los caminos de la actividad confiable, impoluta, lúcida y libre de toda sospecha.

De esta forma, la garantía de imparcialidad, de tácita mención en el artículo 13 de la Constitución Política, es custodiada procesalmente a través de los impedimentos y de las recusaciones con los cuales se hace posible la efectiva y real competencia judicial, avalada por la capacidad y voluntad funcional subjetiva del juez.

Competencia esta que en todo caso debe mirarse como parte integral y fundamental del debido proceso plasmado en el artículo 29 de la Carta, con desarrollos programáticos en el Código de Procedimiento Penal, estatuto que como ordenador de los trámites se encarga de establecer las diferentes competencias que aseguren el alcance de uno de los fines del Estado Social de Derecho.

En esta tónica, el punto central de la hermenéutica para el logro de dichos fines se encuentra en la interpretación sistemática, la cual enseña por qué los impedimentos y las recusaciones son de enumeración legal taxativa, sin que en manera alguna valgan las analogías y por consiguiente ningún caso alejado de las preceptivas señaladas por el legislador al efecto permiten concebir la validez de un impedimento.

En el caso a estudio manifiesta el Magistrado Quintero Meza que en su particular situación "se hace indispensable estudiar el problema desde la ley constitucional, por cuanto diferentes son las funciones que al ente acusador se entregan en el canon 250, de aquellas que se otorgan a los sentenciadores en el artículo 228, funciones diversas que jamás pueden coincidir en un mismo funcionario" y "Cuando con seriedad se estudia la legislación de recusaciones e impedimentos penales se cae en cuenta que la situación modal que examino, literalmente no cabe dentro de ninguno de los cuatro casos evaluados, pero sustancialmente se nutre de las razones a que alude el numeral 11, pues en el interlocutorio de septiembre veintiséis de mil novecientos noventa y siete marqué pautas a la falladora de primer grado en torno a la posible responsabilidad penal de Gonzalo Santa Castillo."

Como puede verse, el planteamiento real de quien manifiesta estar impedido es el de considerar que cuando la Sala actuó como segunda instancia en la apelación promovida por el Fiscal en contra del interlocutorio mediante el cual el Juzgado Penal del Circuito varió la denominación jurídica de tentativa de homicidio por la de lesiones personales, lo hizo como Fiscal, en la medida en que se trazaron juicios anticipados sobre la posible responsabilidad del procesado, los cuales constituían clara sugerencia a la Juez sobre el resultado de la sentencia.

Una tal interpretación no resulta compatible con un adecuado entendimiento de las normas referentes al tema. En primer lugar, porque con el actual estatuto procesal los Magistrados de los Tribunales en ningún caso se convierten en Fiscales, ni son acusadores en el juicio, ni pueden pasar a ser sujetos procesales, y en segundo término, porque de acuerdo con lo que se sostuvo en el preámbulo de estas consideraciones, del sistema forma parte el artículo 70 del C. P. P. que entrega competencia a estas corporaciones para conocer "En segunda instancia, de los recursos de apelación y de hecho, en los procesos que conocen en primera instancia los jueces del circuito".

Cierto es que objetivamente, como lo sostiene el funcionario judicial, al desatarse la apelación el procesado resultó afectado en la medida en que el injusto definido en la imputación del juzgado podría resultarle menos gravosa, pero también es verdad que tal eventual consideración no significa que el Tribunal se hubiese convertido en inusitado calificador o en émulo del Fiscal para asumir su competencia, como parece sugerirlo el Magistrado, sino que simplemente la Corporación como garante de la legalidad en segunda instancia restableció el *nomen iuris* de la infracción según la calificación dada por el ente acusador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales.

Ahora bien, si se trata es de examinar el tema que fue motivo de la alzada y que por competencia funcional debió abordar el Tribunal, es da-

ble destacar que la actuación del colegiado estuvo guiada a determinar si los hechos investigados correspondían a la denominación jurídica imprimida por la Fiscalía o si por el contrario aquéllos verificaban la existencia del injusto considerado por el Juzgado, tarea que se concretó en señalar objetivamente la tipicidad de la conducta que mostraba el proceso, sin que ello implicara una nueva calificación por parte de quienes como se dijo en ningún caso son suplentes o eventuales sucedáneos del Fiscal, como tampoco un juicio anticipado de responsabilidad como malentiende el funcionario judicial.

En este orden de ideas, no sólo de la lectura del texto entrecomillado por el Magistrado sino de la totalidad de la providencia, punto de apoyo para la invocación del impedimento, se puede verificar que en ningún momento el Tribunal destronó de su condición de calificador al que fungió como tal y después legalmente acudió como sujeto procesal para lograr la rectificación de un trámite que consideró equivocado, como tampoco ejecutó ninguna de las atribuciones asignadas a aquél en el inciso 2° del artículo 127 del C.P.P., esto es, "Investigar, calificar y acusar, si a ello hubiere lugar, los delitos cuyo juzgamiento esté atribuido en primera instancia a los jueces del circuito y municipales".

No cabe la menor duda de que quien evaluó las pruebas allegadas a la investigación y calificó provisionalmente su mérito fue el Fiscal, mientras el Tribunal simplemente se circunscribió a auscultar los hechos promotores del injusto para convalidar que se trataba de una hipótesis de homicidio tentado, pero sin comprometer ningún juicio de responsabilidad penal respecto del autor o autores, pues ésta, aunque reconocible en forma provisional para algunos efectos a través del proceso (medidas de aseguramiento, resolución de acusación) por el funcionario competente, sólo se define en concreto en la sentencia, acto de terminación formal del rito penal en el que si conoce el procesado su conclusiva suerte frente al dispensador de justicia.

La situación examinada, entonces, no responde a ninguna de las causales taxativamente señaladas en el artículo 103 del C.P.P., como bien lo reconoce el Magistrado que resignó su competencia, y menos permite barruntar que la necesaria independencia o imparcialidad de uno cualquiera de los Magistrados puede periclitar ahora cuando de revisar la impugnación del fallo se trata, razón suficiente para declarar bien denegado el impedimento que aduce.

En mérito a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

DECLARAR INFUNDADO el impedimento manifestado por el Dr. Juan Bautista Quintero Meza para separarse del conocimiento del proceso que

se adelanta en contra de Gonzalo Santa Castillo por el delito de homicidio tentado.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO/ CALIFICACION DEL MERITO DEL SUMARIO/ PREVARICATO

La trascendencia de la calificación sumarial impone al funcionario judicial un sumo grado de objetividad y de responsabilidad, bien sea para proferir resolución de acusación, o para precluir la investigación, sin que necesariamente, en el primer evento, tenga que estar supeditado a la calificación provisional de la resolución definitoria de la situación jurídica, como equivocadamente lo afirma el Tribunal, que por la premura del ritmo procesal de la investigación y su propia naturaleza jurídica, exige un menor consolidado probatorio, que si llega a ser el único hasta el cierre investigativo, deberá someterse para la calificación subsiguiente a un más riguroso examen, como se infiere del mandato procesal precitado.

Solamente prevarica el funcionario que conscientemente sustituye la voluntad de la ley para anteponer la propia, por simple arbitrariedad.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Proceso No. 14152

Aprobada Acta No. 143

Por apelación legalmente interpuesta y concedida, conoce la Corte de la sentencia de fecha dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y siete (1997), por medio de la cual la Sala Mayoritaria de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali, condenó a la doctora Romelia del Rosario Cuevas Gómez, ex Fiscal Seccional 134 de Jamundí (Valle), a la pena privativa de la libertad de dieciséis (16) meses de prisión y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal y pérdida del empleo público, por haberla hallado responsable del delito de prevaricato por acción. Le otorgó el subrogado de la condena de ejecución condicional y no le impuso obligación de pagar perjuicios por no haberse demostrado su causación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Cali, el 22 de febrero de 1995 inició averiguación previa tendiente a verificar la denuncia presentada por el abogado Santos Santisemm-Santacruz, relacionada con la actuación de la doctora Romelia del Rosario Cuevas Gómez como Fiscal 134 Seccional en Jamundí (Valle), dentro de los procesos penales que adelantó en su despacho y radicados bajo los números 574, 576, 607 y 767 (fl. 8).

Ratificada la denuncia (fl. 11 a 14) y acreditada la condición de Fiscal Seccional de la doctora Cuevas Gómez para la época de los hechos (fl. 15 a 27), así como también obtenido informe del Fiscal Delegado 108 Coordinador (fl. 32), el 3 de abril de 1995 el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Cali dispuso se compulsaran copias para investigar separadamente la conducta de la funcionaria imputada. Corresponden estas diligencias a la actuación cumplida por la Fiscal en el proceso penal No. 607 que adelantó contra Javier Gutiérrez y otros, por los delitos de homicidio en grado de tentativa, secuestro simple y lesiones personales, donde finalmente se dictó Resolución de Preclusión de la Instrucción en favor de todos los sindicados con relación a los dos primeros punibles y dispuso compulsar copias respecto del último con destino a los Inspectores de Policía del lugar.

El 19 de abril de 1995 se inició proceso penal contra la doctora Cuevas Gómez (fl. 38), fue oída en indagatoria (fls. 45 a 61 y 64 a 70) y con fundamento en sus exculpaciones, se ordenó la práctica de otras diligencias (fl. 79).

La funcionaria instructora el 24 de octubre de 1995, resolvió la situación jurídica de la doctora Romelia del Rosario Cuevas Gómez, con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de prevaricato por acción, sustituyéndola por la de detención domiciliaria (fl. 194 a 227).

Mediante Resolución del 8 de febrero de 1996 y por hallarse perfeccionada en lo posible, se declaró cerrada la investigación (fl. 347). Dentro del término legal para presentar alegatos, hicieron uso del derecho la Agente del Ministerio Público quien demandó que se dictara resolución de Acusación (fl. 349 a 353) y el defensor principal quien se remitió al escrito presentado por el suplente cuando solicitó la revocatoria de la medida de aseguramiento contra la imputada, impetrando la preclusión de la instrucción por inexistencia de comportamiento punible (fl. 359)

El 4 de marzo de 1996, la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali, dictó resolución otorgando a la doctora Cuevas Gómez el beneficio de libertad provisional con fundamento en lo preceptuado por el numeral 4° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal (fl. 362 a 365) y solo el 14 de agosto siguiente, calificó el mérito de la instrucción con Resolu-

ción de Acusación contra la citada ex Fiscal 134 Seccional de Jamundí (Valle), como presunta autora del delito de prevaricato por acción ratificando la libertad provisional que se le había otorgado, pero bajo los presupuestos del numeral 1° de la preceptiva primeramente mencionada (fl. 370 a 409). La decisión fue recurrida en apelación por el defensor principal al momento de la notificación personal (fl. 409 vto.), quien posteriormente desistió de la impugnación (fl. 410).

El Tribunal Superior de Cali aprehendió el conocimiento del asunto el 16 de septiembre de 1996 (fl. 415). Los sujetos procesales guardaron silencio, razón por la cual por auto del 22 de noviembre del mismo año, se citó para el acto de audiencia pública (fls. 424), llevándose finalmente a cabo el 21 de enero de 1997 (fl. 442 a 452) y luego se puso fin a la instancia con el fallo de mayoría de fecha 2 de diciembre del mismo año en los términos indicados al comienzo de esta providencia (fl. 476 a 540).

Fundamentos de la Sentencia

Del material probatorio que se aportó al informativo el fallador de primer grado, por mayoría, dedujo no solamente que los hechos se enmarcan en el tipo penal del prevaricato por acción, previsto en el artículo 149 del Código Penal, luego modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995, sino que la imputada fue la autora de los mismos.

La doctora Romelia del Rosario Cuevas Gómez, en su condición demostrada de Fiscal 134 Seccional de Jamundí (Valle), tuvo a su cargo un proceso penal, promovido el 16 de septiembre de 1994 por John Jader Sánchez Rojas contra Javier Eduardo Gutiérrez Mafla, Alvaro Ordóñez Zamora y Jaime Alberto Cortés, por los presuntos delitos de secuestro simple, homicidio en grado de tentativa y lesiones personales, destacando el Tribunal que "según hechos acaecidos el día jueves 15 de septiembre de 1994 a las 11:25 de la noche, cuando se recibió en el Comando de Policía de Jamundí-Valle llamada telefónica en la cual un ciudadano (no identificado) reportó que por los lados del establecimiento comercial Muebles Hogar, en inmediaciones de la Galería de dicho municipio, en los instantes precedentes habían arribado tres individuos, que viajaban en el vehículo Mitsubishi de placas NFI 767, los cuales descendieron del automotor y mediante el ejercicio de violencia física introdujeron a una persona a su interior, que posteriormente se supo se llamaba John Jader Sánchez Rojas, partiendo rápidamente hacia la vía Panamericana y con dirección al río Cauca. Fue así como los agentes Carlos Julio Campo Vásquez Y Eduardo Cubillos Valencia se trasladaron al lugar donde se había producido la aprehensión violenta del ciudadano John Jader Sánchez, obteniendo de boca de muchos testigos la confirmación en relación a la acción violenta a que había sido sometida la víctima, quienes, igualmente, suministraron los pormenores del hecho y refirieron que la operación había requerido

incluso arma de uso de fuego (sic) y un disparo al aire de advertencia y sometimiento. Con fundamento en la confirmada información rápidamente tomaron la vía hacia Cottolengo y continuaron hacia la carretera Panamericana, siguiendo las huellas del vehículo que huía velozmente. La actitud de los agentes Campo Vásquez Y Cubillos Valencia fue secundada por los uniformados John Liber Mosquera y John Carmona Kepler, por lo que la persecución se hizo realidad y tras los ocupantes del automotor de placas NFI - 767 avanzaron hasta cerca del establecimiento conocido como '...las veraneras...', ya que ante el ruido de las sirenas y las señales de alto por parte de los policiales los ocupantes del mencionado vehículo realizaron una brusca maniobra de retorno, siendo este el momento en el cual los cuatro agentes del orden intervinieron para establecer lo sucedido. Una vez retenido el vehículo Mitsubishi de este de bajó aterrorizado John Jader Sánchez Rojas, manifestándoles que aquellas tres personas lo llevaban al rio Cauca para eliminarlo, por lo cual los policías procedieron a requisar a los ocupantes del automotor encontrando un revólver calibre 38 largo marca Llama y una peinilla en el interior del campero Mitsubishi, confirmando nuevamente la veracidad de lo informado por el telefonema y los testigos presenciales del hecho. Es por ello que capturaron a Javier Gutiérrez Mafla, Alvaro Ordóñez y Jaime Alberto Cortés para dejarlos a disposición de la autoridad competente" (fl.477 y 478).

Presenta el *a quo* un resumen de la prueba recaudada dentro del proceso penal ya referido, que sirvió de sustento a la resolución interlocutoria de fecha 23 de septiembre de 1994, mediante la cual la funcionaria aquí acusada resolvió la situación jurídica de los capturados con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación.

Advierte el Tribunal que dicha decisión se fundamentó en pruebas que comprometían gravemente a los tres imputados, y que la funcionaria acusada la mantuvo en la Resolución de fecha 7 de octubre de 1994 cuando resolvió adversamente la petición de sustitución de la medida de aseguramiento, así como también con relación al "supuesto desistimiento" de Sánchez Rojas presentado por su defensor, "No obstante, sin que hubiere variado la prueba y, por ende, la realidad juzgada -en la medida en que entre la providencia de octubre 7 y el proveído de preclusión solo se recaudaron tres testimonios que nada sustancial aportaron a la investigación-, la Fiscal Seccional 134 de Jamundi dictó, en noviembre 30 de 1994, resolución interlocutoria a través de la cual precluyó la instrucción adelantada contra Javier Eduardo Gutiérrez Mafla, Alvaro Ordóñez Zamora y Jaime Alberto Cortés, considerando que ni el informe policivo y sus ratificaciones, ni el contenido de la denuncia formulada por Sánchez Rojas aportaban aspectos sustanciales al sumario.

"La disparidad de criterios de la Fiscal acusada consignados en las dos decisiones, con identidad de prueba, fue el motivo para que el abogado Santos Santisemm-Santacruz instaurara la denuncia penal solicitan-

do se investigara a la doctora Romelia del Rosario Cuevas Gómez, y que efectivamente la Unidad de Fiscalías Delegadas ante ese Tribunal adelantó a través de una de sus Delegadas".

Advierte la Corte que en el fallo recurrido, por haber sido derrotada la ponencia inicial que contenía una propuesta absolutoria en favor de la acusada, los Magistrados de Mayoría en diferentes pasajes, no hacen cosa distinta que referirse a aquella, la misma que finalmente fue aducida como salvamento de voto del disidente, precisando que "en sentir de los revisores la conclusión de carácter absolutorio no se concilia con los elementos de convicción facturados en el proceso, los cuales con holgura indican que la calificación fiscal efectuada por la funcionaria acusada, debió ser muy diferente a aquella de preclusión con que se arropó a los sumariados." (fl. 496).

Y agregan: "Se hace por consiguiente menester penetrar en la esencia de los hechos para mostrar la relación de contradicción entre la providencia interlocutoria de noviembre 30 de 1994 (folio 163 del cuaderno original de anexos No. 1) dictada por la doctora Romelia del Rosario Cuevas Gómez y las normas procesales y sustanciales que era menester observar al caso investigado, pues las mismas le enseñaban a la encausada la necesidad de no perder de vista los claros y dicientes medios de prueba e indicios que militaban contra las personas por ella investigadas".

"...A través de este análisis no pretendemos convertir esta actuación procesal en instancia de aquel sumario ya archivado, sino que contrariamente hallamos apoyados en los elementos de juicio recaudados por la misma Fiscal encausada en la investigación adelantada contra los tres ciudadanos por entonces incriminados, que existen sólidas razones que entregan certeza sobre la responsabilidad penal de la fiscal acusada, en la medida en que la argumentación vertida en su cuestionado proveído de preclusión, no se corresponde con la verdad de lo acontecido en la noche del 15 de septiembre de 1994. Es a partir del pormenorizado examen de esta realidad que esta SALA DE DECISION PENAL llega a la conclusión de que EXISTE MANIFIESTA OPOSICION ENTRE LA RESOLUCION INTERLOCUTORIA DE PRECLUSION DE LA INSTRUCCIÓN Y LO REALMENTE PROBADO EN AQUELLA INVESTIGACION PENAL" (FL. 500 Y 501).

Se hace un recuento de los hechos, es decir de la llamada telefónica recibida en la Estación de Policía, el traslado de dos agentes del orden al lugar donde se dijo fue lesionado John Jader Sánchez Rojas y obligado a abordar el vehículo de propiedad de Javier Gutiérrez Mafla, la comprobación de la huida de los sindicados y su captura, todo lo cual fue objeto del informe policivo y ratificado por el agredido ante la funcionaria investigadora, quien "...amplió y enriqueció la información ya en parte conocida por la elocuencia de los hechos físicos atrás relacionados, pues gracias a él se supo que el origen del problema se debió a que en tiempo anterior le

había sido alquilado un triciclo al ofendido mediante contrato de arrendamiento, por parte de la señora Sandra Ines Solis, para emplearlo en distribución de mercados en dicha municipalidad. Con honestidad, en su instructiva, el deponente reconoció hallarse en mora en cuanto a la devolución del triciclo y canon de alquiler, siendo esta la razón por la cual los ocupantes del Mitsubishi pretendieron por la fuerza aplicar justicia por su propia mano. Al afecto narró que el señor Alvaro Ordóñez Zamora le había solicitado la devolución del bien mueble entregado en arrendamiento, lo cual no había efectuado por cuanto el elemento de carga se le había perdido y carecía de dinero para pagarlo" (fl. 507).

Presenta el Tribunal algunas reflexiones sobre el dicho del denunciante, para destacar que "esta versión se conoció mucho después de que la misma noticia criminis se había consolidado y había sido observada directamente por los policiales, lo cual no puede ponerse en tela de juicio su contenido de verdad en cuanto lo único nuevo que aportó este testifical en relación a la información precedente, lo fue en lo relativo a la causa del problema. Porque en lo que hace al acto de fuerza cumplido en las cercanías de la plaza de mercado de Jamundí a los golpes y lesiones causadas a Sánchez Rojas ante su negativa a someterse a sus aprehensores y su traslado contra su voluntad en el campero Mitsubishi y con rumbo a la carretera panamericana, es asunto confirmado plenamente a través de los policiales, sin que exista posibilidad alguna de desconocer o mermar dicha realidad. La instructiva del ofendido grafica una realidad conocida previamente y que refiere hechos exactamente iguales a los narrados por la víctima. Así que el dicho de John Jader no hizo más que reiterar hechos conocidos" (fl. 509).

Se afirma en el fallo que tan contundente y seria era la acusación, que la doctora Romelia del Rosario Cuevas Gómez en la Resolución que resolvió la situación jurídica de los imputados la recogió en su plenitud, siendo tan fuerte y seria esa convicción fiscal de responsabilidad penal de los sumariados, que cuando se le elevó petición por la defensa para que sustituyera la medida de aseguramiento de detención preventiva por la domiciliaria, y acogiera una supuesta petición de desistimiento del ofendido, con firmeza y sin vacilación ratificó su inicial criterio, pues para ese momento "la funcionaria acusada con solvencia argumental encontraba que las voces de la denuncia estaban corroboradas por la realidad fáctica acuñada en la foliatura y de la cual suministraron responsivos argumentos los policiales Campo Vásquez y Cubillos Valencia. Tan así fue que no otorgó credibilidad a la exculpación del señor Javier Eduardo Gutiérrez, pues éste trató de desmontarse de la realidad argumentando que esa noche se encontraba en su casa descansando cuando llegó su amigo Alvaro Ordóñez Zamora, para solicitarle le acompañara a la plaza de mercado con el fin de entrevistarse en dicho lugar con indeterminada persona...." (fl. 512), así como tampoco creyó a los otros dos imputados.

Para la Sala Mayoritaria, "Esta última y desde luego adecuada interpretación de la prueba se produjo con ocasión de no haber sido otorgada la detención domiciliaria, a un mes de agotado el hecho, sin que entre ese momento y aquel en que se calificó el proceso -30 de noviembre--, se hubiesen producido otros elementos de convicción de importancia que hubiesen hecho variar el mérito sumarial. La Sala desea hacer énfasis en un hecho cierto e incontrovertible, cual es el de que entre la providencia interlocutoria de 7 de octubre de 1994, a través de la cual se despachó negativamente la petición de sustitución de la medida de aseguramiento y el auto de preclusión, probatoriamente lo único que ocurrió fue el recaudo de los testimonios de los señores Jesús María Mosquera, Janio Cuadros Otero y Jorge Eliécer Aragón Mafla, todos los cuales hacen relación a la buena conducta de los implicados, pero en nada aluden al aspecto central del hecho investigado ni menos lo controvierten. Es decir, que la prueba de responsabilidad permaneció invariable y que lo natural era que al momento de calificar el mérito sumarial, la funcionaria mantuviera el criterio esbozado en sus dos providencias precedentes" (fl. 515).

Transcribe el Tribunal en extenso el contenido de la Resolución de preclusión dictada por la fiscal acusada, para luego afirmar que dicha funcionaria "elaboró una argumentación artificiosa, desde una perspectiva de lejanía frente a la prueba y ninguna relación con la realidad. Ninguno de esos aspectos nucleares en que la Sala se ha explayado en analizar, fueron objeto de inquietud mental de su parte, pues en forma diletante habló de tipos penales y con vaguedad montó su deducción preclusiva. Esta es la realidad que se contiene en su discurso y por ello para la Sala Mayoritaria SU PROVEIDO RESULTA CONTRARIO A LA REALIDAD JUZGADA" (FL. 525).

En lo relativo a la responsabilidad, estima el Tribunal que no cabe admitir en este evento el error de interpretación normativo, ni tampoco su decisión fruto de la ingenuidad, pues ello resulta inadmisible en alguien con entrenamiento en la investigación penal. "Cuando se analizan detenidamente sus reflexiones para justificar la preclusión, se cae en cuenta que en dicho proveído no se dió ese examen minucioso y crítico del acontecimiento fáctico, para desde esa perspectiva construir conclusiones. La decisión fiscal se soporta sobre generalidades, sobre deducciones que eluden el núcleo esencial de aquello que debió copar el interés central de la investigación" (fl. 521), con lo cual su pronunciamiento se muestra ostensiblemente contrario a derecho.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Para el recurrente, no se violó la ley por parte de su representada cuando precluyó la investigación que adelantó contra Javier Eduardo Gutiérrez Mafla y otros, pues de una manera "sorprendente, incomprensible y alejada de los sanos criterios del debido proceso" la Fiscal Delegada ante el Tribunal Superior de Cali la acusa por no haber calificado el méri-

to del sumario con Resolución de Acusación por el delito de "secuestro simple", en cambio, en la sentencia de primer grado se le condena por no haberlo hecho pero por "tentativa de homicidio", con lo cual se pone de presente que "Ni siquiera los funcionarios, el instructor (acusador) y el fallador han encontrado acuerdo en el sentido de la calificación que echan de menos, pero se profiere sentencia condenatoria de todas maneras, sin lógica y sin observancia del debido proceso, al no encontrarse la sentencia en concordancia con la acusación". (fl. 582).

Se refiere al salvamento de voto presentado por el Magistrado dicidente, para destacar que en ese documento el funcionario puntualizó que en el proceso no existe prueba de un obrar con torcida intención de parte de su representada, argumento que fuera desechado por la Sala Mayoritaria. En cambio ésta, edificó el fallo en suposiciones o deducciones subjetivas, afirmando que la doctora Cuevas Gómez no apreció con rigurosa objetividad los hechos de sometimiento violento de que fue víctima John Jader y la huida veloz del automotor.

Se muestra sorprendido el profesional, pues según él no existe dentro del proceso ningún elemento de juicio que permita afirmar sin duda, que los sindicados huyeran velozmente una vez abordado el automotor por Jonh Jader Sánchez Rojas. Simplemente se alejaron del sitio toda vez que para el momento ninguna persecución se presentaba por los agentes de policía, en cambio sí las explicaciones de los sindicados no fueron desmentidas en ese proceso, es decir que los ocupantes del vehículo se dirigían al lugar donde presumiblemente se hallaba el triciclo que Sánchez Rojas había sustraído ilícitamente a la cónyuge de uno de los sindicados.

Estima que en la sentencia se dan por establecidos los hechos tal como fueron condensados por la Fiscal Acusadora, pues reiteradamente afirmó que los mismos fueron presenciados por diversidad de personas, sin que en el proceso haya aparecido siquiera una de ellas, postura que logró convencer a la Sala Mayoritaria del Tribunal pues no otra cosa indica que en el fallo se hubiese consignado "...OBTENIENDO DE MUCHOS TESTIGOS LA CONFIRMACION EN RELACION A LA ACCION VIOLENTA A QUE HABIA SIDO SOMETIDA LA VICTIMA, QUIENES, IGUALMENTE, SUMINISTRARON LOS PORMENORES DEL HECHO...".

Considera que la acusada tiene derecho a saber donde se encuentran esas declaraciones, pues a la luz de las más elementales normas de derecho, no puede darse por sentado tan protuberante y determinante hecho, sin existir siquiera las declaraciones con previa identificación de esos numerosos testigos, o de algunos de ellos si es que existen, como se sostiene en la providencia, pues no es admisible a la luz del estricto derecho que se trate de soslayar esa protuberante carencia de prueba, con la afirmación de que "infortunadamente" no fue posible tomar los nombres de esa pluralidad de testigos, por la urgencia inaplazable de seguir tras los

delincuentes. "Si los nombres no fueron tomados y no se les recibió su testimonio, no puede deducirse ese supuesto dicho de la 'pluralidad' como verdad incuestionable, porque simplemente esos testimonios no existen en el ámbito jurídico-procesal, y no pueden predicarse como verdades las afirmaciones que no tengan su respaldo en prueba, legal y debidamente allegada al proceso".

Piensa la defensa que "Sentar criterio contrario, como lo hizo la H. Sala, es simplemente llevarse de calle los elementales principios del debido proceso y del derecho de defensa, pues como conclusión elemental y primaria, el sindicado se ve en la imposibilidad de debatir una prueba que no existe, pero que se tiene subjetivamente por cierta en la mente del acusador y del fallador". (fl. 584).

Califica como mendaces los testimonios de los policías, ya que afirman que el vehículo de los sindicados en su huida, levantaba polvo cuando lo cierto es que la vía es totalmente pavimentada (carretera Panamericana), lo mismo que en virtud de la persecución los ocupantes del automotor optaron por regresar, sin que exista vía alterna para poder hacerlo, luego bien hubiesen podido detenerlos en el sitio Las Veraneras.

Afirma también que los policías incurrieron en múltiples contradicciones, las cuales, solicita a la Corte tomar especial atención y que en su intervención en la Audiencia Pública dejó ampliamente señaladas.

Rechaza enérgicamente la conclusión de que algunas lesiones de menor importancia sufridas por John Jader Sánchez, sean muestra "inequívoca" de que se dio inicio a la consumación del pretendido homicidio, ya que ellas no fueron siquiera certificadas por el legista y, por tanto, no tuvieron prueba de su existencia legal en el proceso.

Agrega que la Sala del Tribunal desconoció el contenido del artículo 5° del Código Penal, al sostener que la decisión adoptada por su representada presenta disconformidad con lo que en la interpretación del Tribunal constituía el acervo probatorio que estuvo a su cargo. Argumentación objetiva sin tener en cuenta para nada si existe o no alguna prueba siquiera de que la intención de la funcionaria inculpada haya sido torticera y malintencionada. Simplemente afirma que la doctora Cuevas Gómez "...infortunadamente no se movió dentro de los parámetros de la razonabilidad, pues intempestivamente modificó la dirección de su apreciación de la prueba para hallar explicación y validez a una argumentación de exculpación contra la cual anteriormente ella se había despachado adversamente haciendo acopio de ciertas y solventes razones.

Estima la defensa que hablar de lo razonable es muy complejo y por lo mismo en materia de decisiones jurídicas, dicho postulado implica que una determinada providencia sea jurídicamente razonable. Por lo mismo, tildar de irrazonable la providencia preclusiva dictada por su representada, comporta un predicado exagerado e intencionalmente dirigido, pues

no se demostró que ella en su pronunciamiento haya vulnerado un principio de racionabilidad práctica y, tampoco se analizó si la decisión utilizó ficciones en la argumentación jurídica.

Considera que la doctora Cuevas Gómez en su providencia, no hizo cosa distinta que valorar las pruebas nuevas y las ya existentes, lo que le dió el convencimiento crítico de que el hecho no se había cometido, apreciación contra la cual no cabe ningún reproche.

Agrega que en la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Cali, se enfatiza que el proveído cuestionado "resulta altamente contrario a la realidad juzgada", porque en su sentir la acusada no valoró bien las pruebas. "Mejor dicho la sentencia lo que dibuja es una discusión de criterios entre lo que la funcionaria valoró y lo que la Sala Mayoritaria piensa que debió ser la valoración de las pruebas, y si esto continúa en otro funcionario de certeza, al ponerles en conocimiento las pruebas recaudadas entrará a valorar o emitir un concepto igual o disímil, y si somos más extensivos y este mismo caso con las mismas pruebas reposadas se lo hacemos saber a un grupo de juristas encontraremos diferentes conceptos de este proceso, como quiera que la valoración de las pruebas arrojará de por si criterios y posturas también distintas, pues ese es el significado de la sana crítica, que como se dijo, es eminentemente subjetiva".

"...El delito de prevaricato tiene otro eco típico, no surge como resultado de un disentimiento valorativo entre uno y otro funcionario, sino que se edifica sobre la base de un acto manifiestamente contrario a la ley, huelga decir, que el funcionario se inventa una prueba donde no la hay" (fl. 595).

Solicita en consecuencia la revocatoria del fallo impugnado y proferir uno de carácter absolutorio; ya que estas diligencias lo que encierran es un consabido enfrentamiento de opiniones de valoración probatoria, empero jamás puede pensarse en la existencia de una conducta prevaricadora.

Considraciones de la Corte

La preclusión decretada y la consecuente libertad de los sindicados, fue la razón de la denuncia del doctor Santos Santisemm-Santacruz contra la doctora Cuevas Gómez, dándose origen a este proceso penal en su contra, cuya sentencia condenatoria es el objeto de la apelación que ocupa a la Corte.

El artículo 29 de la Carta Política consagra como derecho fundamental y el artículo 1° del Código de Procedimiento Penal como norma rectora, el debido proceso que consiste en que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal

competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Así mismo, el delito de prevaricato por acción que se le imputa a la doctora Romelia del Rosario Cuevas Gómez, presupone un dolo inherente al tipo penal; que consiste en el conocimiento que el funcionario tiene de que su conducta se opone manifiestamente a la regulación legal pertinente y en la voluntad de ejecutarla conforme a ese conocimiento.

Resulta de obligación entonces, verificar si en el caso concreto sometido a la consideración de la funcionaria acusada, ésta cumplió a cabalidad con el ordenamiento jurídico que debía aplicar, o si por el contrario de manera ostensible en su actuar, desconoció los mandatos constitucionales y legales vigentes.

Llevado al conocimiento de la Fiscal 134 Delegada de Jamundí un hecho delictivo en el que presuntamente participaron Javier Eduardo Gutiérrez Mafla, Alvaro Ordóñez Zamora y Jaime Alberto Cortés, capturados en flagrancia según el correspondiente informe policivo, se les sindicó de coautoría en los delitos de lesiones personales, secuestro simple y homicidio en grado de tentativa, todos en la persona de John Jader Sánchez Rojas. Por lo mismo, la funcionaria de inmediato dio inicio a la investigación penal correspondiente por ser de su competencia, ordenando la retención provisional en la Cárcel Municipal de la localidad de los tres sujetos puestos a su disposición por la Policía, mientras los oía en indagatoria y les resolvía su situación jurídica, dando así estricto cumplimiento a los mandatos de los artículos 377 sobre los derechos del capturado (fl. 6) y 380 del Código de Procedimiento Penal con relación a la legalización de la captura (fl. 7).

En las diligencias de inquirir que fueron recepcionadas dentro del término legal, la funcionaria observó a plenitud las preceptivas contenidas en los artículos 352, 357, 358, 359, 360 y 365 *ibidem*, resolviéndoles su situación jurídica tal como lo tiene previsto el artículo 387, con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, por considerar presentes al menos algunos indicios de responsabilidad de los imputados en los hechos a ellos endilgados (artículo 388 *id.*).

Estimó la funcionaria que a pesar de que los tres indagados rechazaron categóricamente la imputación, lo manifestado por Sánchez Rojas (denunciante) y los agentes del orden que intervinieron en el operativo de captura, era creíble por tratarse de testimonios serios, corroborados entre sí, descartando cualquier posibilidad de que hubiesen sido inventados y puestos en cabeza de los sindicados.

Analizó la funcionaria todas las circunstancias que los imputados adujeron para rechazar la comisión de los hechos por los cuales se les privó de su libertad el 15 de septiembre de 1994, frente a las pruebas producidas hasta ese momento, llegando a la conclusión ya reseñada que le per-

mitió deducir en forma razonada, al menos un indicio de responsabilidad que estimó suficiente para proferir la medida de aseguramiento de detención preventiva contra los sindicados, desde luego sin beneficio de excarcelación por expresa prohibición legal, decisión que fuera comunicada en la misma fecha al Director de la Cárcel Municipal (fl. 62) para formalizar la detención (artículo 398 del C. de P. P.), sin que ninguno de los sujetos procesales la hubiese impugnado.

La defensa eleva una solicitud de libertad provisional, acompañada de un escrito de desistimiento de parte del ofendido, adicionada con memorial presentado dos (2) días después. La Fiscal Seccional aquí procesada, dio respuesta adversa a las pretensiones del libelista el 7 de octubre de 1994, por no compartir el criterio expuesto por el profesional del derecho pues, con relación al desistimiento, los punibles imputados a sus representados (secuestro simple y tentativa de homicidio) "no admiten esta modalidad por expresa prohibición legal, ya que solamente los únicos delitos que admiten el desistimiento son aquellos que requieren querella de parte, como los mencionados en el artículo 33 del Código de Procedimiento Penal" (fl. 79).

En cuanto a la libertad provisional o sustitución de la medida de aseguramiento, la funcionaria consignó que según las voces del artículo 396 del estatuto procesal, modificado por el artículo 53 de la Ley 81 de 1993, la detención domiciliaria solo resulta procedente cuando se trate de un hecho punible cuya pena mínima prevista en la respectiva disposición penal sea de cinco años de prisión o menos, siempre y cuando el sindicado por sus características familiares, laborales y vínculos con la comunidad comparecerá al proceso y no coloca en peligro a dicha comunidad.

Nótese que la funcionaria tomó la decisión en comento, basada simplemente en las normas que consideró aplicables al caso concreto, pues era su deber pronunciarse sobre las solicitudes que de manera expresa la defensa le impetró. Desde luego que dado el momento procesal en que se hallaba la investigación, el citado pronunciamiento no podía ser diferente, ya que los motivos aducidos por el denunciante que le llevaron a desistir de la acción, como eran su inocencia por inexistencia de conducta delictiva que les imputó a los sindicados en su denuncia, no guardaban relación con las peticiones de que se aceptara el desistimiento del ofendido o se les sustituyera a los sindicados la medida de aseguramiento decretada. Así lo entendieron el libelista y sus representados, y prueba de ello es que no impugnaron la determinación adoptada, a pesar de considerarse que la detención sufrida por los sindicados resultaba injusta -dedúcese del contenido de los memoriales del defensor- (fl. 65 y 69), pues los hechos según el escrito de desistimiento del denunciante, no ocurrieron en la forma como fueron presentados por los agentes del orden y del propio John Jader Sánchez Rojas.

Decidió entonces la defensa solicitar el 10 de octubre de 1994 a la Fiscal instructora el cierre de investigación (fl. 84), petición que recibió respuesta adversa el 14 siguiente por cuanto la funcionaria estimó necesario, no solamente acreditar si el arma incautada a Gutiérrez Mafla era de defensa personal o de uso privativo de las fuerzas militares o de policía, sino también oír en ampliación de denuncia a Sánchez Rojas y las declaraciones de los ciudadanos cuya versión había demandado la propia defensa (fl. 86).

Evacuadas las anteriores pruebas, con excepción de la ampliación de la denuncia, el 2 de noviembre la doctora Romelia del Rosario Cuevas Gómez declaró clausurada la investigación (fl. 104), recibiéndose extenso escrito de la defensa en el que presenta a la funcionaria petición de preclusión de la instrucción en favor de sus representados (fl. 109 a 147), consignando un detallado recuento de los hechos ocurridos, para demeritar, desde luego, la prueba que fue tenida en cuenta por la Fiscalía en su momento, como sustento para decretar la medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, sobre la base de que la conducta atribuida a los sindicados, se hallaba tipificada como tentativa de homicidio, secuestro simple y lesiones personales.

Ahora, según las voces del artículo 58 de la Ley 81 de 1993, el mérito sumarial se calificará bien con el proferimiento de Resolución de acusación, ora de preclusión de la instrucción. En cuanto a la primera, se requiere que "esté demostrada la ocurrencia del hecho y existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado" (Artículo 441 del C. de P.P.). Si no se dan esos precisos requisitos sustanciales, el instructor deberá dictar Resolución de Preclusión, pues no existe actualmente otra forma de calificación.

El 30 de noviembre de 1994 se pronuncia la aquí imputada, conforme a lo pedido por la defensa, es decir, con Resolución de Preclusión de la instrucción en favor de todos los imputados en cuanto a los delitos de tentativa de homicidio y secuestro simple, ordenando la consecuente libertad de Javier Eduardo Gutiérrez Mafla, Alvaro Ordóñez Zamora Y Jaime Cortés, así como también la expedición de copias con destino a los Inspectores de Policía del lugar, para que adoptara las determinaciones que estimara pertinentes con relación a las lesiones personales igualmente imputadas, por ser de su competencia (fl. 163 a 172), ya que era la única ilicitud que quedaba vigente.

Aseveró la funcionaria que "Lo recogido como material probatorio en realidad fue muy precario empezando que el señor denunciante a pesar de todos los esfuerzos que hizo la Fiscalía para obtener su comparecencia al proceso, no quiso concurrir a dichos llamados que en tiempo oportuno le hiciera el Despacho con el propósito de mejorar la prueba e

igualmente tampoco concurrió a donde el señor médico legista para que determinara su incapacidad, secuelas y arma con la cual se le causó dicha lesión."

"...Aquí hay que agregar que los señores agentes del orden tampoco suministraron los nombres de los testigos de los presenciales de los hechos para que el Despacho les hubiera recepcionado las declaraciones y así tener una visión más precisa de los hechos denunciados por Sánchez Rojas" (fl. 165).

Es esta decisión la que encontró la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali como contraria a la ley, dictando en contra de la doctora Cuevas Gómez Resolución Acusatoria por Prevaricado, por considerar que contrariaban la realidad probatoria con que contaba la funcionaria hasta ese momento, sin que entre la 1ª. y esta determinación se hubiese producido prueba que modificara la situación de los imputados. Ese criterio lo compartió la Sala Mayoritaria de la citada Colegiatura al dictar sentencia condenatoria contra la imputada.

En consecuencia, son las afirmaciones de la Fiscal acusada en la decisión de preclusión, las que tanto la Fiscalía Delegada como el Tribunal Superior de Cali, hallaron sin soporte legal y de ahí su contrariedad con la ley, por carecer de respaldo probatorio dentro del proceso tantas veces mencionado, luego lo procedente es confrontar esas afirmaciones con lo plasmado en el proceso.

El denunciante John Jader Sánchez Rojas luego de presentar su denuncia ante la funcionaria instructora en la mañana del 16 de septiembre de 1994, no compareció ante los forenses para el correspondiente reconocimiento médico-legal, teniéndose noticia de él tan solo el 24 siguiente cuando hace presentación de un escrito de desistimiento ante la Notaría Unica de Jamundí, en el que manifiesta que los sindicados detenidos "...no han cometido delito alguno en mi contra y me vi fue obligado a denunciarlos penalmente por presiones recibidas de parte de los agentes de la policía que conocieron el caso y que me exigieron que tenía que poner esa denuncia o si no me iba a ir mal a mí. Espero que con esto se de por terminado el asunto ya que los señores sindicados son inocentes de los delitos denunciados".

"Como usted podrá comprender, se hace necesario que me esconda pues mi vida corre peligro ante las amenazas o presiones que contra mi ejercieron los policías y por eso me permito presentar este memorial ante el Notario Unico de Jamundí, ya que no puedo informar el lugar en que me encuentro oculto y por lo tanto le ruego me entienda esta difícil situación.." (fl. 67).

La dificultad manifiesta para que el denunciante Sánchez Rojas compareciese al proceso para clarificar su posición, encuentra pleno respaldo

dentro de este proceso adelantado contra la funcionaria judicial, puesto que desde el 19 de mayo de 1995 cuando se ordenó recibirle declaración (fl. 79), a pesar de los varios esfuerzos para obtener su presencia, tampoco fue posible su localización. Solamente, el 9 de noviembre del mismo año, comparece ahora ante la Notaría Cuarta del Círculo de Palmira (Valle), con el fin de ratificar la autenticidad del escrito de desistimiento presentado en el proceso penal referido contra Javier Eduardo Gutiérrez Mafla y otros (fl. 270).

Declaró sí el ciudadano Gabriel Sánchez Giraldo a petición de la defensa, quien como padre del denunciante John Jader Sánchez Rojas, informó sobre la autenticidad del documento en referencia y, además, que a su hijo en los últimos meses por su condición de drogadicto "..lo tuve en varios reformatorios o clínicas de rehabilitación, en Popayán pero no recuerdo el nombre, en Cali atrás de la Clínica San Fernando, los tengo anotados en la casa en una libreta, de ahí él se voló de las dos partes se voló él, eso fue el año pasado, más o menos a mediados más o menos no estoy seguro, no me acuerdo, de ahí lo llevaron las hermanas mías a la casa y estuvo unos cuatro meses, de ahí se fue también para Medellín estuvo donde un hermano mío y de allí se voló también de ahí apareció en Palmira.." (fl.275 y 276).

Así las cosas, si bien la funcionaria al momento de dictar en contra de los tres imputados medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación por los punibles de tentativa de homicidio, secuestro simple y lesiones personales, contaba por una parte con la afirmación del denunciante y el informe de la policía, ratificado por el Jefe de la Sección de Vigilancia Carlos Julio Campo Vasquez y la declaración del agente Eduardo Cubillos Valencia, todos ellos coincidentes en sus dichos, también en contraposición estaba lo expuesto por los capturados en sus indagatorias, igualmente coincidentes en la narración de los hechos. Esto sumado a la retractación del denunciante y a la acreditación de la excelente conducta de los imputados, demeritaba necesariamente los cargos que se hacían en su contra, frente a la mayor exigencia probatoria que imponía la calificación sumarial.

Ahora, el Jefe de la Sección de Vigilancia en la diligencia de ratificación y ampliación de su informe, se limitó a afirmar que enterado por una llamada telefónica de que por la vía de Casa Hogar "se encontraba un vehículo y unos individuos golpeando a otro sujeto y tratándolo de entrar a un vehículo. De inmediato me trasladé al lugar y cuando llegue al mismo, la gente que se encontraba por allí, nos dijeron que había salido un carro con dirección hacia Cottolengo y de inmediato procedí a la persecución en las motos de la policía, fueron dos patrullas, dándole alcance al vehículo frente a la Veraneras..." (fl. 20).

En declaración rendida por el Agente Eduardo Cubillos Valencia ante la instructora, afirma que al llegar al sitio indicado por la persona que llamó por teléfono al Comando de Policía, "unos ciudadanos que se encontraban en dicho lugar, nos informaron que lo habían subido a la fuerza y lo llevaron en un Mitsubishi negro y nos señalaron por donde se habían ido..." (fl. 37).

No obstante que los hechos fueron presenciados por pluralidad de personas que se encontraban en el sitio de los acontecimientos, Sánchez Rojas y los uniformados no individualizaron a nadie y por lo mismo, no fue posible recibir declaración a quienes pudiesen dar cuenta de lo realmente acontecido frente a la galería, luego es cierto lo afirmado a este respecto en el calificatorio.

La funcionaria, inicialmente dio credibilidad al denunciante y los miembros de la policía y esa la razón para haber afectado a Javier Eduardo Gutiérrez Mafla, Alvaro Ordóñez Zamora y Jaime Alberto Cortés con la medida de aseguramiento ya indicada, situación que no sufrió modificación el 7 de octubre de 1994 cuando la doctora Romelia del Rosario Cuevas Gómez negó las pretensiones de la defensa, entre las cuales no estaba la revocación de la medida, sino la de que se aceptara la manifestación de desistimiento que ante notario público había consignado el denunciante John Jader Sánchez o que se les sustituyera la detención preventiva por la domiciliaria, peticiones que, como lo indicó la funcionaria, resultaban improcedentes dada la calificación provisional de la conducta atribuida a los sindicados.

No es pues, como lo afirmó la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali en la Resolución de Acusación, que la doctora Cuevas Gómez en su proveído del 7 de octubre de 1994, cuando se pronunció sobre el escrito-desistimiento de John Jader Sánchez, hubiese mantenido su criterio frente a la responsabilidad de los implicados en los hechos investigados, para luego, al momento de calificar el mérito del sumario, "sin ninguna prueba que hiciese variar la situación" (fl. 400), desconocer de manera absoluta y total sus propios asertos.

En dicha oportunidad, se reitera, la funcionaria no resolvía solicitud de revocación por lo que se limitó a rechazar el escrito de desistimiento, no porque pusiese en duda la autenticidad del documento que contenía la expresa manifestación del denunciante sobre la inocencia de los imputados frente a su propia acusación, sino que dado el estado del proceso, no podía entrar en consideraciones distintas a las que realizó, es decir, que frente a los cargos de homicidio en grado de tentativa y secuestro simple, por los cuales se hallaban afectados con medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, resultaba improcedente el desistimiento que por ley solo puede darse en los casos en que se requiere querella de parte.

Igualmente rechazó la pretensión de la sustitución de la medida de aseguramiento decretada, pues ello solo es posible al tenor del artículo 53 de la Ley 81 de 1993, y en su sentir no se daban los requisitos en este caso.

No entró la funcionaria, entonces, en un examen crítico del contenido del escrito de John Jader Sánchez Rojas sobre la responsabilidad de quienes denunció como sus agresores, lo que sí debía hacerlo al momento de calificar el mérito del sumario, ya que es en ese instante procesal, cuando para el funcionario judicial constituye un deber el realizar una valoración integral de la prueba recaudada, con el fin de establecer si ella resulta suficiente para acusar al imputado, o si por el contrario, ante la falta de fuerza incriminatoria, su pronunciamiento debe favorecerlo con la preclusión de la instrucción, como ocurrió en el caso sometido a consideración de la Fiscal 134 Seccional de Jamundí.

Recuérdese que la medida de aseguramiento decretada por la aquí acusada se basó en el dicho del denunciante, acorde con el informe policivo y la ratificación de los agentes del orden. Esa inicial incriminación, con el ya referido escrito de desistimiento no admite duda se debilitó en su valor probatorio hasta ese momento considerado, pues se trataba de una retractación a lo dicho por la presunta víctima, quien además indicaba las razones por la cuales no había comparecido ante la Fiscalía para aclarar los hechos que dieron origen a la investigación tantas veces mencionada.

Con relación a la prueba incriminatoria recogida, se dijo por la acusada en esa oportunidad que "Al encontrarnos con la denuncia el ofendido éste necesariamente para palanquear su versión la acomoda a su mejor manera de suceder los hechos, haciéndolos aparecer según su criterio y para el caso, de virtual importancia para el presunto ofendido si con ello lograba por lo menos quitarse en un tiempo medido la presencia del reclamante del objeto hurtado por él. Este apetito desafortunadamente distorsiona los hechos deformando la realidad haciendo por lo tanto sospechosa su versión, ya que como se anotó él manifiesta no conocer a los tres sindicados, pero más adelante agrega que el triciclo se lo alquiló la esposa del señor Ordóñez Zamora. En lo tocante al ofendido no podía pasarse el interés marcado de darle otra trascendencia al propio acontecer presumiblemente con el fin de evadir su responsabilidad de entregar el bien alquilado".

"Lo aportado por los agentes de policía no pasa de ser un informe encontrándose en sus testimonios dichos como que persiguieron a un carro por una carretera pavimentada y que se dieron cuenta que era el mismo porque levantaba mucho polvo, por lo tanto estos no son concluyentes ni concordantes, lo que no permite que sean considerados jurídicos" (fl. 166).

Para la Corte, si bien la funcionaria se quedó corta en críticas a la prueba incriminatoria, ello no permite inferir que lo dicho se oponga manifiestamente a la realidad procesal o a derecho, pues no hay que olvidar que los agentes de policía, solo tuvieron noticia telefónica de que en el sitio de los acontecimientos, tres ciudadanos habían golpeado a otro a quien introdujeron al vehículo Mitsubishi color negro y luego tomado la vía que conduce a la ciudad de Cali; y por los golpes que ciertamente tipifican lesiones, compulsó copias.

Luego, los mismos policiales una vez dieron alcance al automotor, hicieron detener su marcha, hallando en su interior a los tres sindicados y a la posible víctima, una peinilla en el asiento de atrás y un revólver en poder de Gutiérrez Mafla su propietario y quien poseía la correspondiente autorización de autoridad competente para su porte.

El informe y sus declaraciones, están basados en lo percibido a través de una línea telefónica y por la versión del ofendido, mas no por constarles de manera directa, como por ejemplo, la amenaza de muerte que se dice ocurrió al interior del automotor durante su desplazamiento de Jamundí hacia la capital del Valle.

Lo que realmente les constaba, era que de conformidad con los informes obtenidos de varias personas y de manera fugaz por la necesidad de iniciar la persecución de los presuntos plagiarios, el vehículo descrito se movilizaba por la carretera Panamericana y que a no mucha distancia de la localidad, su conductor decidió regresar y obedecer la orden de detenerse a solo tres (3) cuadras del Comando de Policía.

Nótese que la funcionaria en su proveído, destaca solo una de las tantas contradicciones en que incurrieron los deponentes, consistente en que si los delincuentes se desplazaban por la vía Panamericana, completamente pavimentada como lo hizo notar el defensor en el escrito precalificatorio, mal podía aseverar el Jefe de la Sección de Vigilancia Carlos Julio Campo Vásquez en la diligencia de ratificación y ampliación del informe policivo que el seguimiento pudo hacerse sin perder de vista el automotor, pues "..lo único que veíamos era el polvo que dejaba el vehículo y ya divisamos bien el automotor frente a la fábrica Fanna y ya vimos que era un Mitsubishi negro, entonces procedimos a interceptarlo para efectuarle una requisa..." (fl. 21), en cambio, el Agente Eduardo Cubillos Valencia ninguna referencia hace a la circunstancia anotada por su compañero de labores. Por el contrario, afirma que "salimos hacia la salida de Cottolengo y el único vehículo que observamos fue el Misubishi negro.....Había buena visibilidad, el flujo vehicular era escaso y el único vehículo que se encontraba sobre la vía era el Misubishi negro" (fl. 37 vto. y 38).

Aún más, al momento en que el automotor se detuvo y los sindicados descendieron por orden de los policiales, Cubillos Valencia afirma que

uno de ellos, es decir, Gutiérrez Mafla "decía que no fuéramos dejar bajar a uno de los ocupantes del vehículo porque se les volaba, pero el Comandante lo hizo bajar del vehículo y lo vimos que estaba votando sangre por la cabeza y éste nos manifestaba todo asustado, de que estos individuos lo iban a tirar al río Cauca y se trajeron todos al cuartel" (fl. 37 vto.).

Por su parte el Comandante Campo Vásquez, dice que "Nosotros hicimos averiguaciones de por qué huían y ellos nos dijeron que iban a llevar a un individuo al cuartel de la policía, ya que éste sabía donde se encontraban los triciclos, hablaron de dos triciclos. Al preguntarle al señor que iba en medio de los dos que iban en la parte de atrás, éste nos contestó todo asustado, que él sí se había robado unos triciclos, pero que los triciclos no los tenía en ninguna finca de Jamundí, por la ruta que iban. Después lo llamé aparte y le dije que me dijera toda la verdad, y él me decía que estaba muy agradecido con nosotros, que porque le habíamos salvado la vida, que porque ese señor Javier Gutiérrez lo había montado al carro forzosamente al vehículo con ayuda de los otros y que como él no quería montar al vehículo lo cogió ese señor Javier a cachazos con el revólver por lo cual éste señor presentaba una herida en la cabeza parte superior" (fl. 20 vto.).

Así las cosas, mientras uno dice que Sánchez Rojas inmediatamente se le hizo descender del automotor manifestó a todos los presentes que los sindicados lo llevaban para el río Cauca a matar, el otro pone de presente que el agradecimiento por salvarle la vida, ocurrió luego de escuchar la versión de unos y otros, es decir, cuando lo llamó aparte y le requirió para que dijese toda la verdad.

Por lo anterior, estima la Corte que una de las consideraciones del *a-quo* en su sentencia, no resulta del todo exacta, cuando se consigna que los sindicados ante la presencia de los miembros de policía vieron frustradas sus intensiones y "Fue entonces cuando los agentes del orden asistieron al hecho de que del campero mitsubishi descendió una persona que dijo llamarse John Jader Sánchez Rojas, quien expresando su terror se dirigió para demandarles de inmediato protección para su vida, pues sin mediar pregunta alguna expresó que sus captores lo llevaban con dirección al río Cauca para eliminarlo" (fls. 503 y 504).

El defensor en su escrito precalificatorio, acogido por la funcionaria acusada para dictar Resolución de Preclusión por los delitos de homicidio y secuestro, fue enfático en la crítica no solamente del testimonio del ofendido, sino también de la narración de los hechos por parte de los Agentes de Policía que comparecieron al proceso, para afirmar que la aparente correspondencia de la denuncia y el informe policivo, obedece a un acuerdo previo entre la presunta víctima y los policiales, es decir, a un plan preconcebido para acusar injustamente a sus representados.

Sánchez Rojas afirmó que el dia de los hechos, estando en la Gallera (calle 11 con carrera 6ª.), se "hicieron presentes los señores Javier Eduardo Gutiérrez Mafla quien conducía el vehículo de color negro Montero Mitsubishi de placas NFI-767 y dentro del mismo automotor el señor Alvaro Ordoñez Zamora; estacionado el carro frente a mi, se bajaron los antes mencionados y con la colaboración de Jaime Alberto Cortés a quien desde momentos antes lo había visto parado a cierta distancia observándome sin yo saber de que se trataba, me encendieron a puños y patadas; el conductor Javier Eduardo me dió aqui en la cabeza con la cacha de un revólver que portaba, o sea un revólver marca llama 38 largo....Alvaro Ordóñez Zamora portaba un machete y cuando me fue a dar un machetazo logré cogerle la hoja del machete y en el forcejeo mi mano izquierda sufrió pequeñas lesiones por el lado de la palma en los dedos meñique, anular y corazón" (fl. 1 vto.). Empero, quise dejar expresa constancia en la diligencia de que "yo no conozco a mis captores y sus nombres los obtuve en la Policía" (fl. 2).

Si en verdad no conocia a sus denunciados, cual la razón para que al interrogarlo sobre el móvil del presunto secuestro y del atentado contra su vida, hubiese afirmado que "El asunto es por un triciclo que una señora que vive en la carrera 10 por la arrocera aquí en Jamundí, me alquiló y resulta que el triciclo se perdió y de esa forma es que se me cobra el triciclo; la señora que me alquilo el triciclo es la esposa de Alvaro Ordóñez Zamora uno de mis denunciados" (fl. 2).

Resulta claro que si conocía a Ordóñez Zamora, precisamente por haber obtenido no una sino dos veces, en alquiler los llamados tricíclos, los cuales nunca devolvió. Y, también conocía al menos de vista a Jaime Alberto Cortés, ya que antes de la llegada de aquél con Gutiérrez Mafla en el automotor, ya lo "había visto parado a cierta distancia observándome sin yo saber de qué se trataba".

Es por ello que la defensa afirmó que la denuncia fue previamente acordada por Sánchez Rojas y los Policías, pues además de suministrar el denunciante la placa del automotor en el que fue transportado, sin ser un experto en armas, dió cuenta precisa de la marca y características del revólver portado por Gutiérrez Mafla, lo cual es propio predicar sí de los agentes del orden.

No es usual que la policía conduzca a sus instalaciones tanto a los capturados como a la víctima, menos aún que a ésta se le mantenga en el mismo sitio hasta el día siguiente cuando se presentan la denuncia y el informe respectivo. Tampoco que a Sánchez Rojas se le hubiese retenido su documento de identidad, pues ante la Fiscal instructora al indicar sus datos personales dijo "me corresponde la Cédula de Ciudadanía Número 16'659.275 expedida en Cali-Valle y la cual se encuentra en el Cuartel de la Policía de esta localidad", procediendo a identificarse con la Libreta

Militar, documento que sí exhibió según se dejó expresa constancia (fl. 1).

En la providencia de fecha 30 de noviembre de 1994, estimó también la funcionaria acusada que "Lo traído indiciariamente como se dijo no es suficiente para situarnos en el terreno de la certeza. Es cierto que la Fiscalía al proferir la providencia en resolución de la situación jurídica de los señores Gutiérrez Mafla, Ordóñez Zamora y Cortés considera como indicios graves que comprometían a los citados sujetos en la asunción de los referidos delitos. Al examinar cada uno de esos presupuestos llegaría a la lógica deducción que esa referencia no lograban concatenar con la realidad episódica y conducir o hacer tránsito a la plena probabilidad de estarse frente a la certeza. Solo lo esquematizado quedó en la construcción hipotética o en la mera trascendencia que se le quiso imprimir."

Analizó separadamente cada uno de los comportamientos atribuidos a los sindicados, para llegar a la conclusión que solamente el de lesiones personales se hallaba plenamente establecido. Advirtió que no pudo determinarse científicamente la magnitud de aquellas, ni identificarse el arma con que se causaron por no contar con un dictamen medico legal, ante la negativa del denunciante a comparecer ante los legistas para el correspondiente reconocimiento.

Sin embargo, por la percepción directa que tuvo al momento de la realización de la diligencia de denuncia (se dejó expresa constancia de que Sánchez Rojas presentaba una herida en la cabeza y otra en la frente); del informe policivo y de la historia clínica aportada al informativo, en la que el Médico que atendió al paciente consignó la magnitud de ellas, dispuso que se compulsaran copias con destino a la autoridad competente, lo cual, dada la naturaleza de la decisión adoptada, resulta ajustada a derecho.

En cuanto hace referencia al delito de homicidio en grado de tentativa, estimó la funcionaria acusada que "este Despacho ahondando en el análisis crítico de los elementos estructurales del tipo, contenido en el Artículo 323 del Código Penal, pudo establecerse que la figura legal no fue desarrollada como lo esquematiza, ni el grado de la tentativa, por las circunstancias comentadas al no tener cumplimiento en su aspecto material, en cuanto a la norma prima."

"La ausencia de testimonios, del mismo ofendido dejan sembrada la duda en cuanto al propio acontecer, concitanto (sic) por lo tanto incertidumbre aún en la definición de un homicidio en grado de tentativa, pues como lo argumenta el defensor y lo ratifica la policía en su informe, el señor Gutiérrez Mafla, se limitó solamente desde su asiento dentro del automotor a hacer un disparo al aire y por una sola vez, sin existir en el ánimo del accionante ni siquiera la intención de provocar lesiones en la

humanidad de Sánchez Rojas, ahora bien si su intención era matarlo, qué le impedía disparar directamente al ofendido. Aquí se debe tener en cuenta que los personajes investigados son ampliamente conocidos en esta municipalidad y se van a exponer a una persona delante de varias personas. Para después darle muerte".

"Igualmente el dueño del arma, no tenía ningún nexo causal con la presunta víctima en el injusto alegado. Por lo tanto hay ausencia de un elemento esencial como es el Dolo homicida en su grado de tentativa, por parte de cualquiera de los sujetos reseñados como ejecutores del acto punitivo, en la escala valorativa del llamado delito tentado, que la norma sustantiva lo describe con precisión en su artículo 22" (fl.168).

Consigna algunas consideraciones relacionadas con el tipo penal en referencia, para luego advertir que "Aquí los sujetos de señalamiento no tenían relación de orden sicológico alguno con el personaje Sánchez Rojas para provocarle la muerte y si esa hubiese sido su intención, no se lo hubieran llevado como se afirma a la fuerza, para después causarle la muerte, a sabiendas que habían varias personas, que estaban observando su proceder, es decir que no hay que olvidar que el nexo causal es nexo-jurídico, por esto el artículo 21 prohibe condenar por el hecho punible, si este no proviene de acción u omisión, es decir, si el resultado, no corresponde al actuar u omitir del agente o agentes".

"...Lo disernido en esta fundamentación jurídica y establecida como queda la no tipificación de los reatos, los señores encartados violentaron presumiblemente la norma rectora de LESIONES PERSONALES descargadas en la humanidad de SANCHEZ ROJAS, LESIONES PERSONALES DE LAS CUALES NO SE CUENTA CON EL CORRESPONDIENTE DICTAMEN Médico Legal, en cuanto hace referencia a la incapacidad y secuelas y elemento causante de las mismas, porque el señor ofendido no ha concurrido a Medicina Legal, solo se tiene el informe del señor Director del Hospital, donde hay una constancia del servicio de urgencias, donde se describen las mismas" (fl.170).

No eran del todo inconsecuentes las apreciaciones de la doctora Cuevas Gómez con relación al delito de homicidio tratado, que la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali en su Resolución de Acusación por el delito de Prevaricato, llegó a la conclusión de que la funcionaria en la decisión discutida, de acuerdo con el material probatorio con que contaba, "por lo menos se podía colegir nitidamente la configuración del injusto de secuestro simple, pues prácticamente se habían ejecutado todos los verbos rectores contemplados en el artículo 269 del Código Penal, subrogado por el artículo 2°. De la Ley 40 de 1993" (fl. 390), con lo cual puede afirmarse que al menos para la Fiscal Delegada ante el Tribunal, la conducta de los sindicados en cuanto al homicidio en grado de tentativa por el que la acusada dictó medida de aseguramiento de detención pre-

ventiva sin beneficio de excarcelación, para el momento procesal de la calificación del mérito sumarial, tal nitidez que predica del punible no se vislumbraba.

Así las cosas, la acusación por el delito de prevaricato por acción, quedó circunscrita a que la manifiesta contrariedad con la ley de la Resolución de Preclusión de la instrucción decretada por la doctora Cuevas Gómez, consistió en que ha debido proferir acusación por el delito de secuestro simple, cuya nitidez no podía discutirse conforme a las pruebas legalmente producidas en el correspondiente informativo penal.

La acusada en su proveído del 30 de noviembre de 1994, se refirió al punible de secuestro simple imputado a Gutiérrez Mafla y compañeros de causa, indicando que "al definir el reato del Secuestro simple y para su efectividad presupone la ausencia de voluntad en el sujeto pasivo de la acción en cualquiera de los verbos rectores, en la denuncia de Sánchez Rojas como sujeto del espectro presuntamente agotado en su persona, la violencia que debe ejercerse para la sustracción del sujeto pasivo, no fue probada en la dimensión que la misma norma ordena, ya que el despacho no contó con testimonios que hubieran aseverado o corroborado sus dichos, para que el plagio se agote en la modalidad que es causa de este raciocinio. Si miramos el informe de los señores agentes de policía, Sánchez Rojas, viajaba en la parte de atrás del automotor, sin ninguna mordaza o atadura, e inclusive no dijo nada a la policía, de lo que acontecía delante de los detenidos. El bien jurídico tutelado es la libertad individual, categoría no perdida en la personalidad de Sánchez, pues como se dijo este disfrutaba de plena movilidad y en su denuncia en ningún momento informó que lo llevaran sujeto o amarrado, por estas circunstancias siempre el Despacho buscó su comparecencia al mismo, para descartar muchas circunstancias que no fueron preguntadas en la denuncia inicial, pero con resultados negativos, porque no compareció y además suministró una dirección que no es la de su residencia, como dice el informe de la señora citadora de la Unidad, que se trasladó hasta la dirección anotada y se encuentra errada y nadie da razón al respecto".

"Por lo anterior la Fiscalía considera procedente que se dan a cabalidad los presupuestos esbozados en el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, para decretar la PRECLUSION de la investigación..." (fl. 171).

Tampoco vislumbra la Corte el pregonado delito de prevaricato por haber calificado el mérito de la investigación con resolución de preclusión por el delito de secuestro simple que había atribuido a los sindicados al definirles la situación jurídica.

Este paso procesal se asume en un momento en que la investigación, por regla general, es aún incipiente, al punto que para proferir medida de aseguramiento, a voces del artículo 388 del C. de P. P., basta que contra el sindicado "resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad con

base en las pruebas legalmente producidas", y constituye la más provisional de las calificaciones que puedan recaer sobre los hechos materia de la investigación, como que está sujeta a variación, no solo por virtud de las pruebas que con posterioridad lleguen a practicarse, sino también y con más razón, por virtud del más juicioso y ponderado estudio que debe el funcionario investigador adelantar, sea del material primario si es que no logró allegarse más, o de éste y el sobreviniente antes del cierre sumarial, para decidir si acusa al imputado y lo somete a juicio con la calificación propiamente tal, o si por el contrario, da por finalizada la actividad investigadora del Estado con el decreto preclusivo.

La actuación cumplida por la acusada revela que si bien, los hechos relatados en la denuncia, respaldada por las declaraciones de los policiales que realizaron el operativo de captura de los sindicados cuando transitaban en el vehículo de propiedad de uno de ellos llevando al ofendido en las circunstancias de que éste dio cuenta, constituían la prueba suficiente para proferir la medida de aseguramiento, no forzosamente conformaban elementos de juicio de la solidez suficiente para mantener la inicial calificación y formular un juicio de reproche de la connotación y consecuencias de la resolución de acusación por el atentado contra la libertad individual.

Cierto es que el denunciante se había declarado víctima de una especie de arrebatamiento de su persona por parte de los tres sindicados, cumplido en la vía pública, en espectaculares condiciones que incluían un disparo hecho al aire, puñetazos, puntapiés, golpes con la empuñadura de un revólver, y un frustrado intento de propinarle un "machetazo" que él valerosamente logró detener asiendo la hoja y así ocasionándose apenas, según precisó, "pequeñas lesiones" en la mano izquierda, de las cuales da cuenta la historia clínica que se abrió en el hospital Piloto de Jamundí, fl. 41- y de acuerdo a su afirmación, el motivo determinante de esas agresiones fue la pérdida en su poder, de un triciclo que le había sido alquilado por la esposa de uno de los sindicados; pero también cierto es, que en sus respectivas indagatorias los tres implicados refirieron que quien hizo uso de un "machete" fue el denunciante, haciéndole un lance al dueño del triciclo cuando éste al localizarlo por tener noticias del sector en donde se encontraba, lo interrogó acerca de su paradero, y que después de un intento de agresión por parte del denunciante a su interlocutor, les pidió que no lo llevaran ante la policía y manifestó que tenía el triciclo en "Las veraneras", subiendo por su propia cuenta al vehículo para ir supuestamente a entregar el bien referido, solo que cuando se dirigían a ese lugar corrigió su dicho y les advirtió que el artefacto se hallaba era en Cali, por lo que cambiaron el rumbo, siendo en ese momento interceptados por la patrulla de la Policía (fls. 12, 17, 25 cd. anexo 1).

Es igualmente cierto, que los agentes de la Policía que capturaron a los implicados recibieron telefónicamente la noticia de lo que sucedía,

pero llegaron al sitio de los hechos cuando ya el vehículo en que se hallaba el ofendido había partido en la dirección que los testigos presenciales -de los que no tomaron ninguna referencia que hiciera posible su localización- les indicaron, por lo cual se orientó la búsqueda del automotor, el que detectaron "frente a las veraneras" (fls. 20, 37) y cuando hicieron evidente la persecución, el conductor del vehículo viró devolviéndose por la misma vía, siendo entonces alcanzado e interceptado, vale decir, tampoco los uniformados presenciaron lo realmente ocurrido entre el ofendido y sus agresores.

Al definir la situación jurídica de los tres sindicados, la Fiscal Cuevas Gómez confirió crédito preferencialmente a los dichos del denunciante y de los agentes de la Policía (fls. 52-53), y dio por virtualmente responsables a aquéllos, de los delitos de tentativa de homicidio, secuestro simple y lesiones personales (fl. 57).

El cambio de criterio de la funcionaria acaeció con motivo de la calificación, para la cual contaba básicamente con el mismo inicial material probatorio, pues las únicas pruebas nuevas estaban constituidas por dos declaraciones de conducta que le permitieron saber que los procesados eran personas de bien, conocidas en la población e incapaces de cometer ilícitos como los que se le endilgaron por los motivos que refiere el proceso.

Fue entonces cuando puntualizando, respecto del delito de secuestro, que "lo traído indiciariamente...no es suficiente para situarnos en el terreno de la certeza", reconoció que esa prueba denotaba la ocurrencia de los hechos pero no con la trascendencia "que se le quiso imprimir", y tras echar de menos la comparecencia del denunciante para ampliar su dicho y recabar en la imposibilidad de citar otras personas que hubieran podido corroborarlo, brindándole para su decisión "una convicción íntima y firme de la realización de los hechos" respecto de los delitos de tentativa de homicidio y secuestro, resolvió dar crédito a lo sostenido invariablemente por los procesados.

No se remite a duda la insuficiencia probatoria para el momento de la calificación sumarial, resultante, no de falta de actividad de la investigadora, sino de dos factores bien importantes: la omisión de la policía en el recaudo de datos de los testigos presenciales que le indicaron hacia dónde se había dirigido el vehículo en que viajaba el ofendido, y, la absoluta falta de colaboración del ofendido, independientemente de los motivos que lo hubieran determinado a formular la denuncia.

Patético resulta que después de advertir el ofendido en su denuncia:

"Anoto que yo no conozco a mis captores y sus nombres los obtuve de la Policía" (fl. 2),

renglones adelante, a la pregunta sobre las causas de lo ocurrido, se limitó a responder:

"El asunto es por un triciclo que una señora . me alquiló y resulta que el triciclo se perdió y de esta forma es que se me cobra . la señora que me alquiló el triciclo es la esposa de Alvaro Ordoñez Zamora, uno de mis denunciados" (fl. 2).

Mientras que al agente de la Policía, Carlos Julio Campo Vásquez, le había manifestado:

". que él sí se había robado unos triciclos, pero que . no los tenía en ninguna finca de Jamundí, por la ruta que iban" (fl. 20v.).

Para, nueve días después de los hechos, el 24 de septiembre, acudir a la Notaría de Jamundí a presentar un "desistimiento" afirmando que los sindicados ningún delito cometieron contra él y que se vió obligado a denunciarlos por exigencia de los agentes de la policía que efectuaron el operativo de captura (fl. 67).

Estas condiciones probatorias, que si bien pudieron dejar en pie, como lo afirma la procesada, sin que haya motivo para negarle crédito, la prueba indiciaria para definir la situación jurídica con medida de aseguramiento por los presuntos delitos que ella consideró ocurridos para ese momento procesal, ciertamente, para el momento de decidir si se acusaba a los sindicados sometiéndolos a juicio por los delitos que motivaron su detención preventiva, podían sembrar incertidumbre sobre la real trascendencia de los hechos escenificados ante la anónima ciudadanía que alertó a la policía y sobre la veracidad de la forma en que el suspicaz ofendido subió al vehículo y el objetivo de su viaje.

La dificultad que destacó la funcionaria en hallar conformados los requisitos sustanciales de la resolución de acusación en los términos del artículo 441 del C. de P. P, es explicable, pues era realmente la ocurrencia del hecho configurativo del secuestro lo que de entrada le impedía asumir tan comprometedora acusación, dado que la única persona distinta de los sindicados, que podía contribuir a disiparla, ampliando su testimonio de denuncia, se abstuvo de colaborar -ni siquiera acudió al segundo reconocimiento médico (fl. 41)-, y los testimonios policiales se afianzaban básicamente en el episodio de la persecución al vehículo y en el exaltado dicho del asustado arrendatario del perdido triciclo cuyo paradero le indagaba su dueño.

La trascendencia de la calificación sumarial impone al funcionario judicial un sumo grado de objetividad y de responsabilidad, bien sea para proferir resolución de acusación, o para precluir la investigación, sin que necesariamente, en el primer evento, tenga que estar supeditado a la calificación provisional de la resolución definitoria de la situación jurídica, como equivocadamente lo afirma el Tribunal, que por la premura del rit-

mo procesal de la investigación y su propia naturaleza jurídica, exige un menor consolidado probatorio, que si llega a ser el único hasta el cierre investigativo, deberá someterse para la calificación subsiguiente a un más riguroso examen, como se infiere del mandato procesal precitado.

Por lo demás, no encuentra la Corte extraño que la funcionaria dudara de la contundencia probatoria de la denuncia como para apoyar en ella la resolución acusatoria por secuestro, si se observa cómo, dentro de esta investigación contra ella el ofendido John Jader Sánchez tampoco fue persona localizable por la autoridad investigativa, y acudiendo al mismo método empleado en la investigación que él promovió ante la misma Fiscal, acudió a otra Notaría -esta vez en Palmira- a expresar que él mismo había consignado la conocida manifestación de desistimiento y que por tanto la firma entonces estampada era suya (fl. 270 cd. ppl.).

Con miras a establecer lo referente a esta nueva constancia autenticada en Notaría, la Fiscalía oyó el testimonio del padre de Sánchez, don Gabriel Sánchez Giraldo (fls. 274 y ss. cd. ppl.), quien relató que aquél presenta serios problemas de drogadicción a causa de los cuales lo ha internado varias veces en diversos sitios para ver de lograr su recuperación sin resultados, y que ni siquiera recordaba lo relativo a la constancia de desistimiento. Además, sobre la incertidumbre que podía arrojar un testimonio como el de la denuncia para efectos de una calificación sumarial, es de verse cómo a quien había sido su compañera de vida marital, Esperanza Bolaños, el mismo Jader le contó que las lesiones le fueron inferidas dentro del vehículo cuando sus tres agresores iban con él, después de darle varias vueltas tratando de sacarle la verdad sobre el paradero del triciclo y él les respondió que "no había posibilidades" de recuperación por haberlo vendido a una desconocida señora (fls. 152-153 cd. ppl.), en versión que se aparta en mucho de la denuncia y del dicho de los policiales.

Estas situaciones, no por establecidas a posteriori de la conducta atribuida a la funcionaria, pueden pasar desapercibidas para los juzgadores como elementos confirmatorios de la incertidumbre que la asaltó, contando básicamente con la sola denuncia y los informes de captura, para mantener la imputación por secuestro en la calificación del proceso.

La doctora Cuevas Gómez en su indagatoria, sostiene que "Empezó a hacer carrera en Jamundí como en todos los pueblos pequeños, que todo se sabe, pero que nadie sostiene nada, de que al señor John Jader lo había obligado la policía a ir a colocar el denuncio ante la Fiscalía, ya que él consideraba que no había pasado nada, y que todo se debía a que lo llevaron en el carro a recuperar el triciclo hurtado por él, entonces cuando yo analizo bien las declaraciones, en un momento dado se me presenta a mí un documento presentado ante notario público, debidamente autenticado por el señor ofendido, donde manifiesta esto, es decir, concretiza le da vida a ese rumor, y dice que sí, que los señores agentes lo

obligaron, lo amenazaron, para que entablara dicho denuncio y él dice en este mismo documento que ellos no han hecho nada, entonces todo ese castillo jurídico que yo había plasmado cuando defini situación jurídica, en la cual dicté medida de aseguramiento, se cae y empieza la duda con respecto a si ellos, o sea los tres sindicados, debían de ser llevados a Audiencia Pública, entonces a raiz de esta duda, y sometido a un estudio decido llamar al Dr. Hernán Ramiro Valencia, quien es procurador judicial y por teléfono a grandes rasgos le comente, me pasa esto, voy a tomar esta decisión, los hechos son asi, usted que opina, y hablamos sobre los mismos y llegamos a la conclusión que ante esa duda y ante ese documento, que se anexó al expediente, más la decisión mas acertada, más legal, era precluír la investigación a favor de los tres sindicados, es que yo no puedo irme a una audiencia con una simple denuncia, donde el ofendido que es el más interesado en que se aclaren los hechos, no concurre si siquiera a preguntar por su proceso, pero si se presenta a una Notaría y dice ellos no tienen nada que ver, la policia me obligó, me amenazó y por eso no puedo concurrir a su despacho, porque no puedo suministrar el lugar donde me encuentro escondido" (fl. 49).

Y aunque el citado doctor Hernán Ramiro Valencia Martínez comparece en este proceso y ante pregunta de la instructora sobre la charla con la imputada a que hizo referencia en su indagatoria, enfáticamente manifestó que "Ella a mí no me comenta ni me consulta decisiones, pues eso no sería procedente ni legal; Sí admite que hablaron de "generalidades sobre casos jurídicos que se le puedan presentar, pero en ningún momento me llega a hablar de un asunto concreto" (fl. 126), cuidándose de dejar a salvo la reserva sumarial.

Dedúcese de lo anterior que la doctora Cuevas Gómez para adoptar la decisión de preclusión en favor de los tres sindicados, no obedeció a su querer manifiesto de violar la ley, es decir, desconocer la prueba que en su momento ella encontró suficiente para privarlos de su libertad. Simplemente, como conductora del proceso, llegada la oportunidad de calificar el mérito de la instrucción, debia optar por una de las dos formas que el legislador le impone al funcionario judicial; y lo hizo, previa consulta, por la que le mereció el reproche de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali y la Sala Penal Mayoritaria de la misma Corporación.

Para ella, luego de haber recibido el escrito de desistimiento debidamente presentado ante Notario Público, aportado por la defensa para reclamar en favor de sus representados la terminación del proceso, se presentaba una duda en cuanto al real comportamiento de los imputados, que en manera alguna le permitía dictar en su contra resolución de acusación. Sin embargo, por temor a equivocarse, quiso escuchar otro concepto autorizado de un funcionario que para ella podía despejar sus dudas, postura que incuestionablemente pone de presente su deseo de acertar en su decisión.

Si bien es cierto que inicialmente y frente a la prueba recogida, optó por dar plena credibilidad a la denuncia de John Jader Sánchez Rojas y el testimonio de los policiales, desechando las diligencias de descargos de Gutiérrez, Ordóñez Cortés, finalmente aquellas se debilitaron con la manifestación expresa del presunto ofendido, al menos en cuanto a los presuntos punibles de secuestro simple y homicidio en grado de tentativa, para aceptar una duda racional sobre lo realmente acontecido.

Es lógico que la Fiscal Instructora en principio hubiese dado credibilidad a la historia narrada por Sánchez Rojas y que según ella, estaba acorde con el informe policivo y la declaración de los agentes, pues era evidente que aquél presentaba signos de violencia, es decir, lesiones de alguna consideración y golpes leves. Empero, ante la expresa retractación del denunciante, así ésta haya sido a través de un documento autenticado ante Notario Público y no mediante una declaración ante la funcionaria judicial y ante la acreditación de la buena conducta de los sindicados, no podía persistir en su inicial criterio, pues entonces las versiones de los imputados, cobraron fuerza ante su absoluta correspondencia en la narración de los hechos que dieron origen al proceso penal.

Los procesados en la única oportunidad que tuvieron para presentar sus descargos, al unísono rechazaron la acusación de Sánchez Rojas, coincidiendo en lo esencial sobre el motivo del encuentro con éste y lo que según ellos luego aconteció.

Ante esa incertidumbre, estimó la funcionaria aquí acusada al momento de calificar el mérito del sumario, que no se daban los requisitos sustanciales que exige el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal, es decir, que solamente estaban demostradas las lesiones personales sufridas por Sánchez Rojas, por eso recogió su criterio sobre los delitos de homicidio en grado de tentativa y secuestro simple, y ordenó compulsar copias por dichas lesiones.

Existen otras circunstancias más que podrían resaltarse para dar razón a la doctora Romelia del Rosario Cuevas Gómez en su calificación, pero ello implicaría que la Corte se convirtiera en Juzgador de segundo grado frente al proceso que la funcionaria tuvo a su conocimiento, lo cual resulta improcedente. Su misión, no puede ir más allá de verificar el acierto del fallo condenatorio proferido por el Tribunal Superior de Cali en Sala Mayoritaria, desde luego que sin perder de vista la actuación cumplida por aquella, ya que en fotocopias fue traída en su integridad a este proceso.

No se trata pues en este caso de un asunto de opinión o de criterio, el que efectivamente se encuentra previsto dentro de la autonomía del juez, o de un error de interpretación, sino de un pronunciamiento que bien miradas las cosas, no permite afirmar que sea contrario a derecho, con violación manifiesta y voluntaria de su deber de acatar la Constitución y

la Ley (artículo 230 de la Carta Política), pues como ya se dejó ampliamente establecido, ante mandatos expresos contenidos en las preceptivas que la funcionaria conocía y aplicó, no podía desatenderlos bajo ningún pretexto, menos ignorar olímpicamente, que se hallaba ante una duda insalvable que le impedía impartir una acusación, por lo que necesariamente su decisión se produjo conforme al ordenamiento legal vigente ya citado.

No dan pues en este caso concreto los presupuestos necesarios para proferir sentencia condenatoria contra la doctora Cuevas Gómez, ya que las circunstancias analizadas en precedencia, permiten a la Corte afirmar que no existe duda sobre la inocencia de la funcionaria, lo que impone la revocatoria del fallo impugnado, pues se reitera que solamente prevarica el funcionario que conscientemente sustituye la voluntad de la ley para anteponer la propia, por simple arbitrariedad, lo cual brilla por su ausencia en el caso que ocupa la atención de la Corte.

En consecuencia, se ordenará la devolución de la caución prestada por la funcionaria para gozar del beneficio de libertad provisional (fl. 238), para lo cual se oficiará a la Unidad de Fiscalías ante el Tribunal Superior de Cali.

Dicha Corporación adoptará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia, para lo cual oficiará a las autoridades correspondientes a fin de que cesen las restricciones que se le impusieron para salir del país. Igualmente se le comunicará la decisión a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, - SALA DE CASACION PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1° REVOCAR la sentencia de fecha 2 de diciembre de 1997, mediante la cual el Tribunal Superior de Cali condenó a la doctora ROMELIA DEL ROSARIO CUEVAS GOMEZ en su condición de Ex-Fiscal 134 Seccional de Jamundí (Valle), como autora del delito de prevaricato por acción.

2° ABSOLVER a la citada funcionaria, conforme a lo consignado en la parte considerativa de este proveído, por los cargos contenidos en la Resolución de Acusación que dio lugar al presente juicio.

3° Ordénase la devolución de la caución prestada por la acusada para gozar del beneficio de libertad provisional.

4° Disponer que las diligencias vuelvan al Tribunal de origen para que se proceda conforme a lo puntualizado en la parte motiva de esta sentencia.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, No firmó; *Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

JUSTICIA PENAL MILITAR-En casación

Como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, al haberse regulado en el Código de Procedimiento Penal los presupuestos de procedibilidad de las causales de casación, los requisitos formales de la demanda y la finalidad de este medio de impugnación, una interpretación sistemática de su texto, incluidas las modificaciones introducidas al mismo por la Ley 81 de 1993, permite sostener la unificación normativa en esta materia por parte del legislador, comprendiendo en esta reglamentación las sentencias del Tribunal Penal Militar, pues en ella se incluyen además de los fallos proferidos por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Tribunal Nacional, los dictados por esa Corporación Castrense.

Así, y al haber acudido el recurrente a las causales contempladas en el Código Penal Militar, cuando lo correcto era sustentar la demanda en los motivos casacionales del Decreto 2700 de 1991, es evidente que ha equivocado la fuente legal del ataque. No obstante y como quiera que las causales primera y tercera objeto de la censura comportan una perfecta similitud entre los dos ordenamientos, tanto desde el punto de vista de su descripción legal, como de su contenido y alcance, la Sala responderá, previa esta advertencia, el libelo sustentatorio del recurso.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 10277

Aprobado Acta No.143

VISTOS

Mediante sentencia proferida el 14 de febrero de 1994 el Inspector General de la Policía Nacional como juez de primera instancia, condenó al Subteniente Edgar Miguel Gamboa Castro y a los agentes Luis Alberto Avila Galindo, José Joaquín Gutiérrez Quiebrahoya y José Fernando Du

que Cañas, a la pena principal de 4 años de prisión y multa de 10 salarios mínimos para cada uno, como coautores responsables del punible de que trata el artículo 33 de la Ley 30 de 1986, al tiempo que decretó el cese de todo procedimiento en favor del Capitán Orlando Avila González, del Teniente Fray José Gamboa Castro, del Cabo Primero Edgar Aníbal Herrera Arias y del agente Luis Cornelio Jossa Marcillo.

Remitido el proceso ante el Tribunal Superior Militar para que se desatara la impugnación propuesta por los defensores de Avila Galindo y Gamboa Castro, la sentencia fue íntegramente confirmada, disponiéndose ahora la Corte a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto a nombre del primero de éstos procesados.

Hechos

El 15 de octubre de 1991 miembros de la Policía Antinarcóticos que se transportaban en los helicópteros PNC 135 y PNC 156, practicaron un operativo en el sitio denominado "Hato la Esperanza" del corregimiento de "Yaguará" ubicado en el Municipio de San Vicente del Caguán -Caquetá-, incautando, entre otros elementos, 3 bultos que contenían diversos paquetes de una sustancia posteriormente identificada como cocaína. En el desarrollo de esta operación, el Subteniente Edgar Miguel Gamboa Castro le solicitó al Mayor José Luis Ramírez Ceballos, piloto de la nave PNC 156, lo condujera a la base aérea de San José del Guaviare ubicada a 45 minutos de allí, con el fin de traer unas pilas para tomar algunas fotografías, lugar en el que antes de que aterrizara el helicóptero, Gamboa Castro cargando una tula negra y el artillero agente Avila Galindo una verde, se lanzaron para dirigirse hasta el cuarto de la planta eléctrica para ocultar dicho equipaje, siendo observados por el Mayor Ramírez Ceballos quien los siguió ordenándoles regresar a la aeronave junto con los elementos desembarcados, estableciendo allí mismo que las maletas contenían 16 y 3 paquetes de cocaína con un peso de 32 y 6 kilos, respectivamente. A su vez, al regresar al sitio "La Esperanza", se ordenó inspeccionar la nave PNC 135 encontrando escondido debajo de una silla un morral de campaña con 9 paquetes de cocaína que pesaban 18 kilos.

La sustancia hallada a los policiales y la encontrada en la aeronave en tierra, por hacer parte de ésta fue agregada a la incautada en desarrollo del operativo, siendo identificada también como cocaína con un peso neto total de 1.500 kilos.

Al día siguiente, cuando se aprestaban a abandonar la zona, se dispuso requisar al personal, hallándose dentro de la cantimplora perteneciente al agente José Joaquín Gutiérrez Quiebrahoya y en un paquete del agente José Fernando Duque Cañas una nueva cantidad de cocaína, con un peso neto de 500 y 2.250 gramos, respectivamente.

Sinopsis Procesal

Con base en el informe suscrito por el Mayor José Luis Ramírez Ceballos, poniendo en conocimiento de las autoridades estos hechos, el Juzgado 52 de Instrucción Penal Militar con sede en San José del Guaviare inició formal investigación penal el 17 de octubre de 1991, escuchando los testimonios del Teniente Armando Sarmiento Moreno, del Mayor Hipólito Herrera Carreño y de los agentes Gabriel Cruz Epia y José Darío Castro Piñarte, entre otros, allegándose al proceso el acta de reconocimiento, pesaje y destrucción de la sustancia encontrada por la Unidad Investigativa de Orden Público el 15 de octubre de dicho año en plena zona del "Yaguará", en la que se hace constar que sometida a la correspondiente prueba química de campo y con un peso neto de 1.500 kilos, dió positivo para clorhidrato de cocaína; dándose cuenta además de la incautación de 30 canecas de 55 galones c/u y 40 timbos de 15 galones c/u de combustible, dos aeronaves, un avión Super King 300 y otro Cesna 206, que eran utilizados para el transporte de estupefacientes.

Igualmente se adjuntó el acta de reconocimiento, pesaje y destrucción de la sustancia hallada en poder de los agentes José Joaquín Gutiérrez Quiebrahoya y José Fernando Duque Cañas, que fue igualmente identificada como cocaína en la señaladas cantidades de 500 y 2.250 gramos netos.

Acopiada abundante prueba testimonial, se vinculó mediante indagatoria a los miembros de la Policía Nacional Luis Alberto Avila Galindo, Orlando Avila González, Luis Jossa Marcillo, Fray José Gamboa Taborda, Edgar Aníbal Herrera Arias, Edgar Miguel Gamboa Castro, José Fernando Duque Cañas, José Joaquín Gutiérrez Quiebrahoya, allegándose las respectivas resoluciones de nombramiento y actas de posesión que acreditan su vínculo con la institución policial, estableciéndose respecto de Miguel Angel Garzón Sánchez, que su nexo lo era mediante contrato de prestación de servicios, razón por la cual se dispuso la consiguiente compulsación de copias a fin de que fuera investigado por la justicia ordinaria, procediéndose por el mismo juez instructor el 4 de diciembre de 1991 a resolver la situación jurídica de aquéllos, decretando la detención preventiva de Avila Galindo, Avila González, Gamboa Castro, Gutiérrez Quiebrahoya y Duque Cañas como infractores del artículo 39 de la Ley 30 de 1986, al tiempo que se abstuvo hacerlo en relación con los demás procesados.

Escuchadas otras declaraciones y practicadas algunas pericias e inspecciones judiciales, así como ampliada la indagatoria a varios de los implicados, la investigación se cerró profiriéndose resolución de convocatoria a consejo verbal de guerra sin intervención de vocales por transgresión del artículo 33 de la Ley 30 de 1986, exclusivamente contra los policiales Avila Galindo, Gamboa Castro, Gutiérrez Quiebrahoya y Duque Cañas.

Ejecutoriada la convocatoria el 6 de octubre de 1993 (artículos 412 y 659 del Código Penal Militar) y una vez celebrado el respectivo consejo verbal, se profirieron las sentencias de primera y segunda instancias en los términos que se dejaran consignados en precedencia.

DEMANDA

Primer cargo

Con fundamento en la causal tercera de casación del Código Penal Militar, acusa el demandante la sentencia impugnada por haberse proferido en un proceso viciado de nulidad, al desconocerse en la diligencia de decomiso, identificación, pesaje y destrucción de la sustancia incautada durante el operativo ya descrito, los requisitos exigidos para tal acto por el artículo 78 de la Ley 30 de 1986, pues en ella no se dejó constancia de los elementos que le habrían sido incautados a Luis Alberto Avila Galindo, ni se concretó "su naturaleza", como tampoco se permitió que este procesado estuviera presente durante el desarrollo del procedimiento, con lo cual se le vulneraron las garantías procesales, pues al adelantarse sin su asistencia se le negó la oportunidad de saber qué era lo supuestamente hallado en su poder, mas aún cuando estas irregularidades son corroboradas por el Teniente Miguel Alfonso Bruges Durán y son aceptadas por el propio Tribunal al folio 25 del fallo de segundo grado.

Agrega también, que pese a dejarse constancia en el acta de la presencia del Mayor Hipólito Herrera Carreño, la verdad es que dicho documento nunca fue suscrito por este oficial y además, en su declaración sostuvo no haber participado en la misma.

Entiende así que la aludida acta es nula, pues la inobservancia de los requisitos legales de forma y de fondo afectan "la capacidad de la prueba para crear una situación procesal totalmente válida", viciándose de este modo toda la investigación.

Segundo cargo

Este reproche lo sustenta en la primera causal del artículo 442 *ibidem*, sobre la base de que el Tribunal habría incurrido en "Violación de hecho manifiesto (sic)", en razón a que "La sentencia impugnada no es conforme con lo que se ha probado dentro del proceso, ya que demostrado está que dentro del acta de decomiso, identificación, pesaje y destrucción (fs. 20 y 21), ES UNA VERDAD FORMAL establecida en el proceso la inexistencia de los objetos y elementos que contenían el morral, desembarcados por Avila Galindo del acronave".

Pretendiendo desarrollar esta censura refiere como la "primera prueba que sustenta el error de hecho", el testimonio del Teniente Bruges Durán (fls. 876 a 879), quien afirmó que en ningún momento le fueron puestos en su conocimiento los elementos incautados al procesado, razón por la

cual nunca se relacionaron en la pertinente acta, no existiendo razón, por tanto, para que el Tribunal desestimara la importancia que tenía este hecho, pretextando para ello que existía "abundante y decisiva" prueba que igual compromete al procesado, pues de este modo el fallador se habría "zafado de la verdad formal" incurriendo en "falso juicio de existencia", pues sin estar probado el hecho se refiere a otros medios que tampoco lo demuestran.

Finalmente, agrega que si de acuerdo con el testimonio del Mayor José Luis Ramírez Ceballos es claro que los elementos incautados se dejaron a disposición de la autoridad que elaboró la referida acta en presencia del Mayor Herrera Carreño, cuando ya se demostró que esto no aconteció, puede válidamente sostenerse frente a tal prueba que "también es manifiesto el error de hecho", pues se está "reconociendo la existencia fenoménica del hecho creyéndose que existe prueba dentro del proceso que lo está probando, cuando es completamente lo contrario".

Tercer cargo

Acusa el actor la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial al "dejarse de aplicar el contenido del art. 574 del Código Penal Militar (Art. 442, numeral 1. del Código Penal Militar)".

Una vez más se ocupa el demandante sobre el contenido del morral encontrado en poder de Avila Galindo, respecto del cual no se habría practicado la "diligencia de identificación, pesaje y destrucción de los elementos que lo contenía, siendo éste un elemento con el que presuntamente se había cometido un delito" y "además contenía objetos que presuntamente provenían de la ejecución del mismo y que éste no era de libre comercio por tratarse de un elemento de dotación oficial, ni tampoco la Ley dispone su destrucción (pues se trataba del morral), NO PASO A DISPOSICION DEL ESTADO NI SE LE PRACTICARON LOS EXAMENES TECNICOS, VALE DECIR SE DEJO DE APLICAR EL ART. 574 DEL CODIGO PENAL MILITAR".

A lo anterior debe agregarse, sostiene el censor, que cuando se interrogó al Mayor Ramírez Ceballos sobre dicho elemento, afirmó: "creo que lo tiene un Teniente en Guaymaral", de donde se colige con claridad la "inexistencia del morral".

Solicita, en consecuencia, se disponga con base en la primera censura en qué estado queda la actuación y se remita ante el Tribunal Superior Militar y con base en la segunda y tercera que se case la sentencia dictándose el fallo que deba reemplazarla.

CONCEPTO DEL PROCURADOR PRIMERO DELEGADO EN LO PENAL

Primer cargo

En criterio del Ministerio Público, en este cargo que se formula por vía de la nulidad ha incurrido el defensor de Avila Galindo en múltiples defec-

tos técnicos, pues no precisa cuáles fueron las garantías que le habrían sido afectadas y mucho menos demuestra la incidencia que tendría en el fallo atacado la prueba que sostiene se practicó sin el lleno de los requisitos de ley, no desprendiéndose del alegado yerro "violación a ninguno de los derechos que le asisten, ni se infiere daño a las bases mismas del juzgamiento".

Aun cuando para el Delegado, sin decir la razón de ello, efectivamente se habría inobservado el art. 78 de la Ley 30 de 1986, entiende que existen en el plenario varios elementos probatorios suficientes para mantener la condena del procesado, tales como los testimonios del Mayor José Luis Ramírez Ceballos, del Cabo Primero José Darío Castro Piñarte y del agente Cruz Epia, quienes son coincidentes en señalar el contenido del morral que cargó Avila Galindo y que, por lo demás, éste reconoció haber tomado llevándolo hasta donde se encontraba el Subteniente Gamboa Castro.

Agrega además el Procurador, que la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que los defectos en la práctica de una prueba que se ha incorporado al proceso, inexorablemente deben ser alegados por violación indirecta de la ley, en la modalidad de error de derecho por falso juicio de legalidad, pues fallas como las que se ponen de presente en este caso no pueden invalidar la actuación.

En consecuencia, la pretendida nulidad, no tendría existencia.

Segundo cargo

Entiende el Ministerio Público que esta censura está propuesta por "error de hecho en relación con omisión (sic) de la prueba, por inexistencia de los objetos y elementos que contenía el morral desembarcado por el Agente Avila González (sic)".

Bajo esta comprensión, advierte que si bien en orden a demostrar el cargo se apoya el actor en el testimonio del Teniente Bruges Durán, quien dijo ignorar el contenido del referido morral, desconoce que en el operativo adelantado en el corregimiento de "Yaguará" dentro del municipio de San Vicente del Caguán fue incautada la cantidad de 1.500 kilos de cocaína, 30 canecas de gasolina y otros elementos; igualmente que de dicho lugar el Subteniente Gamboa Castro y agente Avila Galindo transportaron en el helicóptero PN-156 una tula y un morral, respectivamente, que de acuerdo con la diversa prueba testimonial contenían 16 y 3 paquetes de cocaína, sustancia que de conformidad con lo explicado por el Mayor Hipólito Herrera se destruyó junto con el resto de la droga incautada. Además, el agente Montealegre declaró que de los tres bultos de cocaína inicialmente hallados, posteriormente advirtió que a uno de ellos le faltaba aproximadamente un cuarto de su contenido, de donde se coligió razonablemente que éste correspondía a la cantidad de paquetes que los procesados Gamboa y Avila Galindo se llevaron consigo.

Por último, recuerda que el narcótico que los procesados sustrajeron se introdujo al helicóptero en una tula y en un morral que no hacían parte del equipo de la tripulación, lo que se hizo a hurtadillas, siendo su única explicación, precisamente, la de que su contenido era ilegal.

Tercer cargo

Para el Procurador Delegado es claro que si bien el referido morral no fue objeto de comiso de conformidad con lo dispuesto por el artículo 574 del Código Penal Militar, esto no genera la inexistencia de dicho objeto pues a través de diversa prueba se demuestra que efectivamente fue desembarcado del helicóptero por Avila Galindo, como el mismo lo reconoció.

Pero además, dicho morral no era el elemento ilícito, pues lo ilícito era su contenido, por lo que ninguna medida podía adoptarse respecto de él.

Finalmente, agrega, que el precepto que se dice transgredido no es de naturaleza sustancial sino procedimental, de donde se infiere que en ningún momento concurre la violación indirecta de una norma de tal entidad.

Solicita a la Sala con base en lo expuesto, no casar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES

Como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, al haberse regulado en el Código de Procedimiento Penal los presupuestos de procedibilidad de las causales de casación, los requisitos formales de la demanda y la finalidad de este medio de impugnación, una interpretación sistemática de su texto, incluidas las modificaciones introducidas al mismo por la Ley 81 de 1993, permite sostener la unificación normativa en esta materia por parte del legislador, comprendiendo en esta reglamentación las sentencias del Tribunal Penal Militar, pues en ella se incluyen además de los fallos proferidos por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Tribunal Nacional, los dictados por esa Corporación Castrense.

Así, y al haber acudido el recurrente a las causales contempladas en el Código Penal Militar, cuando lo correcto era sustentar la demanda en los motivos casacionales del Decreto 2700 de 1991, es evidente que ha equivocado la fuente legal del ataque. No obstante y como quiera que las causales primera y tercera objeto de la censura comportan una perfecta similitud entre los dos ordenamientos, tanto desde el punto de vista de su descripción legal, como de su contenido y alcance, la Sala responderá, previa esta advertencia, el libelo sustentatorio del recurso.

Primer cargo

1. Estando orientado este reproche a controvertir la validez del acta de comiso, identificación, pesaje y destrucción de la sustancia incautada en el operativo policial adelantado el 15 de octubre de 1991 en el corregimiento

de "Yaguará" ubicado en el Municipio de San Vicente del Caguán -Caquetá-, que obra al folio 20 del primer cuaderno original, esto es, dirigido a destacar las razones por las cuales dicha diligencia se habría realizado sin el lleno de los requisitos señalados por el artículo 78 de la Ley 30 de 1986, un tal ataque necesariamente ha debido encaminarse por la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, es decir, por violación indirecta de la ley sustancial, acusando la presencia de error de derecho por falso juicio de legalidad, mas no por el tercer motivo casacional contemplado en la ley, pues ese hecho constituye un típico yerro in iudicando, cuyos efectos son predicables de vicios de valoración probatoria generados como consecuencia de pretermitirse las normas legales reguladoras de la producción, admisibilidad y eficacia de un determinado medio de convicción dentro del proceso, que es el que resulta afectado, mientras que por su naturaleza los errores in procedendo suponen un vicio de actividad y dan lugar a la invalidación total o parcial de lo actuado, según el caso.

2. No obstante, aún en el evento en que el censor hubiese acertado en la vía de ataque, es claro para la Sala que tampoco le asistiría razón, pues, como quedó reseñado, el agente Avila Galindo junto con el subteniente Gamboa Castro, quienes hacían parte del grupo antinarcóticos que intervino en la operación efectuada en plenas selvas del Caquetá el 15 de octubre de 1991, una vez en tierra y cuando se encontraba en ejecución el mismo, pretextaron la necesidad de dirigirse hasta la base aérea de San José del Guaviare, a donde se movilizaron en el helicóptero pilotcado por el Mayor José Luis Ramírez Ceballos, para una vez en dicho lugar proceder a descargar dos bultos con varios paquetes de una sustancia habana, los que por inmediata orden del Mayor Ramírez debieron regresar a la nave para ser transportados de nuevo hasta el lugar del operativo, situándolos junto con el mayor volumen de idéntica sustancia incautada, no sin antes constatar su exacto contenido, siendo sometida en su totalidad a la prueba de identificación y pesaje de rigor, lográndose establecer que se trataba del estupefaciente cocaína en un peso neto de 1.500 kilos, comprendiéndose dentro de dicho volumen los 19 paquetes que con un peso aproximado de 38 kilos transportaron en sendas tulas los procesados Avila Galindo y Gamboa Castro, tal y como claramente lo dejó consignado en su informe el Mayor Ramírez Ceballos y posteriormente ratificó y precisó bajo juramento.

3. Así y como quiera que a través del operativo no se posibilitó la captura de los responsables del delito, por cuanto salvo el hallazgo de la cocaína y de otros elementos, el lugar se encontraba deshabitado, en la elaboración del acta exclusivamente intervinieron el Jefe de la Unidad Investigativa de Orden Público, Teniente Miguel Alfonso Bruges Durán, el Fiscal 78 de Orden Público y el Técnico Anti-narcóticos de la "SIJIN", sin la presencia de los policiales Avila Galindo y Gamboa Castro y sin hacer

distinción alguna entre la totalidad de la cocaína encontrada y la menor cantidad sustraída por éstos, pues de una parte, es diáfano en el proceso que la diligencia estaba dirigida al reconocimiento, pesaje y destrucción de la droga incautada en el operativo, esto es, de su totalidad, y de otra, que hasta ese momento el Mayor Ramírez Ceballos no había rendido aún el informe sobre las ilicitudes ahora investigadas en este proceso, y por ende, mal podría exigirse que se hiciera figurar a estos agentes dentro de dicho acto, sin que esto haya incidido negativamente en la determinación del contenido de las tulas encontradas en poder de Avila Galindo y Gamboa Castro, pues como lo apunta el Ministerio Público, no solamente el Mayor Ramírez Ceballos dió cuenta del hecho en sus pormenorizados detalles con posterioridad y obra prueba testimonial que lo respalda, sino que la sustancia sustraída por éstos también fue identificada como cocaína, aun cuando no se haya hecho con tal propósito un acta independiente, como en últimas, parecería ser el objeto básico del reparo que en esta materia ha presentado el casacionista.

4. Se descarta, por consiguiente, que la referida acta se hubiese elaborado irregularmente, como sin explicitar las razones afirma el a quo y el Delegado, no siendo dable admitir tampoco la crítica consistente en que dentro de la misma se dejó constancia de la intervención en esa diligencia del Mayor Hipólito Herrera Carreño y sin embargo este oficial no habría participado en ella, pues además de que su presencia no constituye requisito para la validez de dicha diligencia, pues fue el Fiscal 78 de Orden Público quien la practicó, encontrándose presente el Jefe de la Unidad Investigativa de Orden Público de San José del Guaviare Teniente Miguel Alfonso Bruges Durán y además, en efecto, el Mayor Herrera Carreño no aparece firmándola, lo cual guarda perfecta relación, como el propio actor lo destaca, con el hecho de que en su testimonio visto al folio 779 y ss. sostenga dicho oficial que no tomó parte en la misma.

En estas condiciones, el cargo debe desecharse.

Segundo cargo

1. Lo propone el impugnante con amparo en la primera causal del artículo 442 del Código Penal Militar aduciendo la presencia de presuntos errores de hecho, los cuales sustenta en la consideración de no estar la sentencia "conforme con lo que se ha probado dentro del proceso" y particularmente con el hecho de que a través de la varias veces referida acta no se logró saber cuáles eran los elementos que contenía el morral desembarcado del helicóptero por Avila Galindo.

2. Siendo esta la formulación de la censura, resulta imposible saber en qué consisten específicamente los yerros fácticos que de manera genérica y abstracta atribuye el demandante al fallador, mucho menos cuando entre las posibilidades que éste ofrece dentro de los denominados falsos

juicios de existencia por omisión o suposición, o de identidad, ninguna de las alegaciones posteriores se ocupa, como tampoco desde luego de concretar cuál sería la trascendencia del error acusado, es decir, porqué de existir se desquiciarían todos los fundamentos de la sentencia.

3. Así, retoma el actor la varias veces aludida acta de incautación (fl. 20 Cdno. Orig. 1), dándole ahora validez, para destacar de la misma que no se hubiera hecho ninguna claridad sobre los elementos que se afirma transportó Avila Galindo de la aeronave hasta el cuarto eléctrico en la base de San José del Guaviare, aunado a que el Teniente Bruges Durán sostuvo en su testimonio que a él no le fueron puestos de presente los mismos y por ello en ningún momento los relacionó en tal diligencia, para de este modo concluir que en el proceso nunca se demostró su existencia.

4. Siendo ello así, es ostensible que la inconformidad del censor se remite a la simple discrepancia valorativa entre la apreciación probatoria del sentenciador y la que personalísimamente propone respecto a la existencia de la droga encontrada en la tula que portaba Avila Galindo, con el agravante de que para formular la suya, incurre en un abierto desconocimiento de la forma como ocurrieron los hechos según la declaración que al respecto contiene el fallo, pues estableciendo implícitamente una tarifa probatoria, estima que si en el acta no se incluyeron discriminadamente los elementos incautados al procesado, desde luego siendo parte de éstos la sustancia que contenía la tula, este hecho no puede admitirse como probado por ningún otro medio, desconociendo aquí además, el principio básico de libertad probatoria que consagra nuestro actual Estatuto Procesal Penal.

5. De ahí que como frente a similar sustento de la apelación lo hiciera el Tribunal Superior Militar en la sentencia y lo resalta con acierto el Procurador Delegado, se imponga además considerar que es abundante la prueba de distinta naturaleza, básicamente testimonial e indiciaria, con base en la cual logra establecerse la ocurrencia del hecho punible y la responsabilidad imputable al procesado, siendo en estas condiciones por completo intrascendente el reparo presentado por el demandante.

El cargo no prospera.

Tercer cargo

1. Salvo señalar que lo propone con fundamento en el numeral primero del artículo 442 *ibidem*, en este caso el casacionista ni siquiera precisa si el ataque se enfila por la vía directa o la indirecta de violación de la Ley, pues no obstante que al enunciar el cargo pareciera de su redacción que lo formula por la primera de aquéllas, es evidente que al concretar el ataque en la falta de aplicación de una norma eminentemente procesal, como es el artículo 574 del Código Penal Militar, aunado al análisis fáctico que realiza a continuación, esta eventualidad tampoco resulta posible.

2. Toda la argumentación la remite a censurar la sentencia por no haberse practicado sobre el morral que se afirma fue hallado a Avila Galindo, la "diligencia de identificación, pesaje y destrucción de los elementos que lo contenía", prevista según el actor, en el artículo 574 *idem.*, pues en su entender con dicho objeto "presuntamente se había cometido un delito", coligiendo que ha debido adoptarse sobre el mismo alguna medida para evitar su libre comercio, pues al no haberse incautado el morral, que al decir del Mayor Ramírez Ceballos lo tenía un teniente en "Guaymaral", debe inferirse su "inexistencia" en este proceso.

3. En estas condiciones, emerge de un tal planteamiento que la inconformidad del demandante no radica en una violación de la ley por alguna de las dos vías legalmente posibles, sino por una presunta violación al derecho de defensa resultante del actuar omisivo del juzgador al no haber practicado "diligencia de identificación, pesaje y destrucción" del morral que contenía la cocaína incautada a su defendido, con lo cual ubica la censura en la causal tercera de casación que en ninguna forma refiere en este acápite del libelo, incurriendo por el contrario en una inaudita contradicción que convierte en nugatorio su planteamiento visto aún lejos de la técnica casacional, como es el de afirmar que debió destruirse el morral y a su turno disponer que se adoptara la medida pertinente para que quedara "fuera del libre comercio", pues como es obvio estas dos alternativas se excluyen en su esencia, mas aún cuando sobre este elemento que era de propiedad de las Fuerzas Militares y que se utilizó indebidamente para la comisión del delito, no podía recaer ninguna medida de esa naturaleza.

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia,, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, no firmó; Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

ACCION DE REVISION-Prueba nueva

En materia que ha sido objeto de abundante jurisprudencia, la Sala ha tenido oportunidad de precisar que frente a la causal tercera de revisión, no es en manera alguna suficiente con aducir pruebas nuevas para que se haga viable adelantar el proceso rescisorio, sino que los medios cuya novedad se afirma, de haber sido conocidos por el sentenciador, habrían tenido la capacidad y determinación tales que la decisión a adoptar tendría que ser absolutoria.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 14696

Aprobado Acta No.141 (17-IX-98)

VISTOS

Procede la Sala a resolver sobre la admisibilidad de la acción de revisión instaurada por el defensor de Luis Omar Carmona Teherán, contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería fechado el 8 de julio de 1996, mediante el cual confirmó integralmente la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú que lo condenó a la pena de 25 años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio.

HECHOS

Son sintetizados en la sentencia del Tribunal, así:

"El dia 17 del mes de septiembre de 1994 se celebraba una fiesta en el establecimiento de propiedad del señor José Lucio Quiñones Suárez en el corregimiento de Tierra Grata, con motivo del dia del amor y la amistad. Siendo aproximadamente las 11 P.M. se formó una trifulca a raíz del desorden formado por el joven Ricardo Antonio Pila, quien al parecer se lió a puñetazos con algunos contertulios, lo que indujo a la persona encargada de custodiar la fiesta, denominadas alguaciles policías de palito, a que

sacaran al joven Ricardo de malas maneras del lugar del festejo. Ante los malos tratos infringidos al menor salió en su defensa su primo Diego Manuel Lazzo quien se fue a la vía de los hechos en agria reyerta con Laureano Estrada Carmona uno de los que participaba en el atropello contra el desordenado muchacho. A consecuencia del enfrentamiento de los dos (2) mayores, Laureano Estrada resultó herido y Diego Manuel Lazzo muerto a consecuencia de tres (3) heridas ocasionadas con arma de fuego.

De la muerte de Diego Manuel se sindicó desde un principio al hoy condenado Luis Omar Carmona Teherán quien según los testigos presenciales de los hechos fue quien disparó el arma contra la víctima".

DEMANDA

Con respaldo en la causal tercera del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, el apoderado de Luis Omar Carmona Teherán demanda la revisión de las sentencias cuya constancia de ejecutoria acompaña, basado en el hecho de que con posterioridad al fallo habrían surgido pruebas nuevas desconocidas por los juzgadores, demostrativas de la inocencia del procesado.

Menciona como tales a los testigos Nilson Rafael Osorio Oviedo, Leonel José Romero Alvarez, Nicolás Manuel Pacheco Jiménez, José Alfredo Hernández Serpa y Wilson Rafael Corrales Villalba, cuya versión de los hechos, sostiene, es clara en señalar que "vieron una discusión y pelea entre Laureano Estrada y Diego Lazo Lazo, que el segundo de estos apuñaleó al primero, Laureano Estrada y que cuando este pidió que corrieran y lo salvaran, apareció Erico Estrada y sacó un revólver y le disparó varias veces a Diego Manuel Lazo Lazo", de donde se infiere con contundencia que Carmona Teherán es inocente.

Como sustento material de la causal aducida, acompaña al escrito de demanda las declaraciones que sobre los hechos rindieron ante el Notario Unico del Municipio de San Andrés de Sotavento Nilson Rafael Osorio Oviedo y Leonel José Romero Alvarez, versión de la cual surge como "verdad verdadera" de los hechos "que el autor del homicidio de Diego Manuel Lazo Lazo, es el señor Erico Estrada".

Solicita, entonces, se acepte la demanda y las pruebas en que la misma se sustenta, así como también se escuche en desarrollo del trámite propio de revisión las declaraciones de todos los testigos citados en precedencia.

CONSIDERACIONES

1. La demanda de revisión que el apoderado de Luis Omar Carmona Teherán ha presentado se sustenta en la tercera causal del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en la afirmada presencia de

pruebas no conocidas durante la tramitación del proceso, por medio de las cuales se establece su inocencia.

2. En respaldo del motivo legal que se propone con miras a controvertir la res iudicata, se ha acompañado a la demanda sendas declaraciones de quienes se afirma fueron testigos presenciales de los hechos y dan cuenta de la persona que realmente habría accionado el arma de fuego contra Lazo Lazo, esto es Erico Estrada, con lo cual se descarta, según el demandante, la responsabilidad penal atribuida por dichos hechos a Carmona Teherán.

3. En materia que ha sido objeto de abundante jurisprudencia, la Sala ha tenido oportunidad de precisar que frente a la causal tercera de revisión, no es en manera alguna suficiente con aducir pruebas nuevas para que se haga viable adelantar el proceso rescisorio, sino que los medios cuya novedad se afirma, de haber sido conocidos por el sentenciador, habrían tenido la capacidad y determinación tales que la decisión a adoptar tendría que ser absolutoria.

4. La anterior exigencia guarda una perfecta armonía con la finalidad propia de esta acción, esto es, corregir la injusticia a que ha dado lugar la sentencia, debido al desconocimiento que tuvieron los jueces al momento de fallar de pruebas o hechos por completo incidentes en la decisión final.

5. De ahí que también se haya perfilado dentro de las características de esta excepcional acción, que a través de ella no resulta viable insistir sobre aspectos que fueron objeto de controversia en el fallo, pretextando con miras a dicho propósito la presencia de nuevos elementos de convicción, cuando de lo que se trata realmente es de pruebas mediante las cuales se intenta renovar un debate sobre la valoración de los distintos medios y específicamente sobre la mayor o menor credibilidad que ha debido otorgársele a algunos testigos, máxime cuando un grupo de éstos narró los sucesos de manera opuesta a como lo hicieron otros declarantes y dicho aspecto fue definido por el fallador a través de su análisis conjunto.

6. En el caso objeto de examen, es ostensible que el planteamiento del actor tiende precisamente a revivir un debate que se presentó en desarrollo del proceso, relacionado con la pugnacidad existente entre dos grupos de testigos, específicamente el conformado por Javier Antonio Reyes de Arce y Ricardo Antonio Pila Lazo, quienes señalaron como el autor de los disparos homicidas a Carmona Teherán y que el sentenciador calificó de coherentes, responsivos y completos, enfrentados a otro grupo que el fallador advirtió eran dependientes del cacique indígena del Resguardo de San Andrés de Sotavento, padre del procesado, integrado por José Quiñones Suárez, Rafael Lans Estrada, Manuel Esteban Oviedo Madera, Dairo Morales Corrales, Rafael Castillo Polo y Rodrigo Oviedo Castillo, sobre quienes se resaltó su "vaguedad, imprecisión e inconsistencia", además de

estimarse sus versiones "ambiguas, contradictorias, un tanto acomodadas de la manera como ocurrieron los hechos".

7. Sobre esta base y a través de las declaraciones de Nilson Rafael Osorio Oviedo y Leonel José Romero Alvarez, como de los demás testimonios cuya práctica se solicita si se tiene en cuenta la advertencia que hace el demandante de que estarían dispuestos a narrar los hechos de manera similar a como lo hicieron aquéllos, esto es, respaldando la versión según la cual una persona distinta al procesado fue el homicida, pretende impropiamente el accionante por vía de la revisión, promover una nueva confrontación probatoria, incurriendo en el común yerro de considerar que la preponderancia de la prueba testimonial está dada por la mayor cantidad de los deponentes que respaldan una de las versiones con desmedro del otro, cuando es bien sabido que en esta materia el juzgador llega a la convicción sobre la realidad de los hechos sopesando los distintos elementos de credibilidad y no a través de la suma de ellos.

8. Por consiguiente, si como ya se advirtió la prueba testimonial aducida como nueva informa una percepción de los hechos distinta a la que el sentenciador declaró como demostrada, esto es reveladora de la responsabilidad penal del procesado, pero que fue debatida en el proceso con base en otras declaraciones que en igual sentido y particularidades propugnaban por su ajenidad en ellos, no se está, en estricto sentido, frente a medios demostrativos de la inocencia del procesado, sino de la aspiración del demandante para que se vuelva al debate de las instancias, cuando este cometido conduce necesariamente a afirmar la ineptitud de la demanda para los fines de la acción pretendida, la que en consecuencia debe ser rechazada.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia,, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. Reconocer al doctor Elías Manuel Valverde Jiménez, como apoderado de Luis Omar Carmona Teherán de acuerdo con el poder conferido.

2. RECHAZAR IN LIMINE la demanda de revisión presentada a nombre de Carmona Teherán.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Como la posesión es una de las formas que la ley civil colombiana reconoce para adquirir el dominio y a tal situación - la de poseedor - puede llegarse de manera regular o irregular y dentro de esta categoría de forma viciosa, ya sea por violenta o por clandestina, todas las cuales encuentran amparo en la misma legislación, resulta natural que el poseedor actual de un bien tenga igualmente herramientas legales para defender su derecho de los ataques de terceros que buscan despojarlo no solo de su condición de poseedor, sino sobre todo mutar la propiedad que ejerce sobre el predio.

Para tal efecto la legislación nacional ha previsto desde las acciones Policivas como la establecida en el Decreto 992 de 1930, hasta las judiciales que contemplan diferentes ordenamientos, hallándose en el Civil la acción reivindicatoria del artículo 946 de tal Código y las acciones posesorias y posesorias especiales de los artículos 972 y siguientes del mismo ordenamiento; y, en el derecho penal las acciones por usurpación de tierras e invasión de tierras o edificaciones.

Pero ese enorme arsenal de recursos legales que el poseedor o el propietario de un bien tiene para defender sus derechos sobre el mismo, no puede dejar de reconocer el derecho que tiene todo poseedor o propietario para reaccionar frente al acto de perturbación mediante procedimientos idóneos y razonablemente proporcionales al daño que se le trata de irrogar, impidiendo la consolidación de un hecho capaz de producir efectos jurídicos.

Es de la esencia del ser humano su natural instinto de conservación que se manifiesta en la protección de sus bienes, o a su integridad personal, mediante reacciones que aunque primarias, por responder a una necesidad, no pueden ser desconocidas por los ordenamientos jurídicos, so pretexto de que el único comportamiento supuestamente racional es la apelación a la autoridad competente para que resuelva el conflicto que genera la agresión.

La racionalidad que debe esperarse de quien pertenece a la especie humana y responde a una agresión injusta, actual o inminente, no

es la de soportar la agresión (aunque haya corrientes filosóficas que así lo sostengan), sino la de repelerla con la misma actualidad y, aquí es donde debe aparecer la racionalidad, con la proporcionalidad adecuada a la naturaleza del ataque injusto. No se justifica entonces la diferencia entre hombre y bestia en la negación al primero del instinto de conservación común a todos los seres vivos, sino en el control de ese instinto, de manera que, parafraseando a Platón, no se desborde sino que sea controlado por el auriga de la razón.

Proceso No. 9449

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Carlos E. Mejía Escobar*

Aprobado Acta No. 144

VISTOS

Procede la Sala a calificar el mérito del sumario al que se encuentra vinculado mediante indagatoria el Senador de la República Julio César Guerra Tulena.

HECHOS

Desde el mes de marzo del año de 1992 un grupo de personas lideradas por Alberto Manuel Santos Carrascal, decidieron invadir el predio denominado "San Francisco", ubicado en jurisdicción del municipio de San Andrés de Sotavento en el departamento de Córdoba, pero así mismo han sido sucesivamente rechazados en sus intentos, mediante los procedimientos legales correspondientes.

El 17 de abril de 1994 los señores José del Carmen Quiroz Ramirez y Sirfelipe de la Ossa Díaz, fueron sorprendidos por el Senador de la República Julio César Guerra Tulena, varios de sus escoltas, y su abogado, cuando estaban dedicados a arar una porción de tal terreno, labor para la que habian sido contratados por Sergio Sarmiento, quien al parecer se desempeña como tesorero del Cabildo Indígena de Cacaotal.

En el mismo lugar se encontraba Alberto Manuel Santos Carrascal en compañía de su concubina y una numerosa prole, quienes habian construido una enramada compuesta por cuatro maderos y un techo de palma. Recogidos los enseres de los Santos y desalojados los invasores del sitio, se prendió fuego a la enramada; los tractoristas y el señor Santos Carrascal consintieron luego en acompañar al Senador Guerra a la Estación Rural de la Policía Nacional en San Andrés de Sotavento, donde ese día se les recibió declaración a los señores Santos y De la Ossa, luego de lo

cual el primero fue regresado al sector rural donde habían quedado su mujer e hijos, y al siguiente día compareció voluntariamente Quiroz Ramírez a rendir declaración.

La Denuncia

1. Mediante un documento titulado "Denuncia Pública", que suscribieron los señores Rafael Noriega Pérez -Capitán Menor-; José Quintana S. - Secretario -; y Juan Beltrán Pila Alguacil Mayor - del Cabildo Menor de la Comunidad Indígena de Cacaotal, remitido a la Defensoría del Pueblo y de allí a la Corte Suprema de Justicia, en el que se relataban los enfrentamientos ocurridos entre esa comunidad indígena y los propietarios de la finca "San Francisco", se enteró esta Corporación de los hechos ocurridos el 17 de abril de 1994 que en el punto 7 del aludido documento se relatan así:

"El día 17 de abril /94 (ayer), se presentó a la finca 'San Francisco' el señor Julio César Guerra Tulena, Representante a la Cámara y Senador electo, en compañía de un grupo de civiles armados y después de proferir toda clase de insultos y amenazas contra nuestras vidas, procedió él mismo a incendiar la casa donde residía el compañero Alberto Santos con su mujer y 8 hijos, todos menores de edad, se lo llevó preso al igual que a los dos propietarios de las máquinas que nos araban la tierra.

No contento con eso, mandó desde la mayoría de la finca a un trabajador suyo con el tractor y un "zorro" para "recoger" a la familia del compañero Alberto Santos, (mujer y 8 hijos), con sus pertenencias y animales de corral, y ponerlos en la carretera." (folios 1 y 2, cuaderno original; 14 y 15, cuaderno de la Fiscalía 22 de Chinú).

2. Posteriormente, El 28 de abril de 1994, el señor Alberto Manuel Santos Carrascal presentó ante la Unidad de Fiscalía Previa y Permanente de Sincelejo (Sucre) denuncia por los mismos hechos, relatándolos así: Advierte que desde hace 3 años vienen ocupando el predio San Francisco, pero durante similar lapso han venido siendo igualmente desalojados del mismo, desalojos en los que han perdido 29 casas y varios cultivos de ñame y yuca, el último de los cuales ocurrió el 23 de junio de 1992.

Narra que el 17 de abril se presentó en el predio el señor Julio César Guerra Tulena acompañado de 7 civiles armados, que afirma se mantuvieron al margen, pero que Guerra se dirigió a él con palabras soeces, obligándolo a desalojar el predio, recibiendo ayuda de los civiles armados para recoger sus enseres, luego de lo cual Guerra Tulena le prendió fuego a la "casa donde yo vivía con mi familia", e intentó incendiar otra casa más pequeña, ubicada en cercanías de la suya, pero fue impedido de ello por una de las personas que lo acompañaba.

A continuación Guerra Tulena le indicó que lo acompañara hasta San Andrés de Sotavento, sitio en el cual se le recibió una declaración que dice fue mecanografiada por el propio Guerra, al tiempo que era interrogado por el abogado de éste, ya que el Comandante del Puesto de Policía se negó a recibir la diligencia por tratarse de un dia no hábil, luego de lo cual lo regresaron nuevamente y lo dejaron libre. Finaliza expresando que Guerra ha proferido amenazas en su contra "porque está viviendo en un predio que es de él", pero que reclama como suyo con base en un título de la Corona Española. (folios 1 a 3, cuaderno de la Fiscalia 22 de Chinú).

3. El 2 de mayo de 1994, el señor Santos Carrascal se presentó ante la Unidad de Investigación del Cuerpo Técnico de la Fiscalía General de la Nación con sede en Montería (Córdoba) para formular denuncia (nuevamente) contra el Senador Julio César Guerra Tulena por los delitos de Incendio y Amenazas, que ocurrieron el 17 de abril de 1994 en la finca San Francisco, jurisdicción del municipio de San Andrés de Sotavento.

El denunciante relata que ha invadido la finca San Francisco desde el año de 1992 y que el 17 de abril de 1994 se presentó allí el Senador Guerra Tulena, acompañado de un grupo de hombres armados, para insultar y amenazar a todos los ocupantes del predio, luego de lo cual incendió la casa en la que vivía Alberto Santos con su mujer y 8 hijos, quienes a continuación fueron recogidos por "los compinches" de Guerra y dejados en la carretera. En cuanto a las amenazas las concreta en una inicial oferta de $2.000.000.oo para que desalojara el predio, o una casa donde quisiera y finalmente en expresarle "que se fuera por las buenas que después él no respondía". Finaliza señalando la declaración que debió rendir el 17 de abril en el Comando de la Policia de San Andrés de Sotavento, diligencia en la que no intervino ninguna autoridad, solamente Guerra Tulena y un abogado de él "que la leyó". (folios 12 y 13, cuaderno de la Fiscalía 22 de Chinú).

4. El 4 de octubre de 1994, el señor Alberto Manuel Santos Carrascal, amplió la denuncia pública ante la Defensoria del Pueblo, relatando las continuas invasiones que ha hecho en el predio San Francisco y los desalojos que ha padecido, iniciando tales actividades desde el 27 de marzo de 1992.

Respecto del incidente del 17 de abril de 1994, explica que como no se habían vuelto a meter con ellos tenia - en el predio San Francisco - varias hectáreas sembradas en yuca, plátano, ñame criollo, ñame espina y otros cultivos, así como 2 máquinas que estaban arando la tierra, cuando llegó un grupo de civiles armados que ordenaron parar el trabajo de los tractores y 4 de ellos se dirigieron a su casa para identificarlo, lugar al que igualmente llegó el Senador Julio César Guerra Tulena esgrimiendo un revólver y profiriendo amenazas e insultos en su contra, obligándolo a recoger sus enseres para prenderle fuego a la casa e invitándolo a que lo

acompañara para dar una declaración, a lo que inicialmente se negó el declarante por tratarse de un día domingo, pero luego consintió en hacerlo por la promesa que se hizo de retornarlo al mismo lugar.

Acudió entonces al Comando de la Policía de San Andrés de Sotavento, donde la declaración fue mecanografiada por Guerra Tulena y el interrogatorio practicado por su abogado, luego de lo cual fue regresado a la finca, donde señala que Guerra volvió a proferir amenazas que concreta en que le dijo "que tenía que irse por las buenas o por las malas o él no respondía de lo que pudiera pasar". El resto de la declaración la dedica a relatar nuevos hechos de invasión y de desalojo producidos con posterioridad al 17 de abril de 1994, en los que ha intervenido la Fuerza Pública. (folios 37 a 43, cuaderno anexo de la Defensoría del Pueblo).

5. El 5 de junio de 1995 amplía la denuncia del 28 de abril de 1994, ante la Fiscalía 14 de la Unidad 1ª de Patrimonio de Chinú (Córdoba), para relatar similares hechos a los ya consignados, señalando las amenazas de Guerra Tulena, el incendio de la casa por éste, previa desocupación de la misma, aunque en esta ocasión agrega que el Senador Guerra lo encañonó para obligarlo a ir con él a San Andrés de Sotavento, aunque reconoce que por el llanto de su mujer e hijos, consintió en acompañarlo voluntariamente bajo el compromiso de volverlo a traer al mismo lugar. (folios 117 a 122, cuaderno original).

De Las Pruebas Recaudadas

1. La calidad de Congresista del indagado Julio César Guerra Tulena se encuentra debidamente acreditada con la siguiente documentación:

1.1. Constancia del Subsecretario General de la Cámara de Representantes, en la que se indica que el señor Guerra Tulena se desempeñó como Representante a la Cámara en los períodos constitucionales 1974-1978; 1982-1986; 1986 1990; y 1991-1994.

1.2. Constancia del Secretario General del Senado de la República en la que adjunta listado de las personas que se posesionaron el 20 de julio de 1994 como Senadores para el período constitucional 1994-1998, entre los que se halla el doctor Guerra Tulena. (folios 20 a 34, cuaderno original).

2. Declaración de Rafael Antonio Noriega Pérez, (uno de los suscriptores de la denuncia pública que dio origen a esta actuación) quien relata ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés de Sotavento (Córdoba) y ante la Defensoría del Pueblo todo lo relacionado con los enfrentamientos que han existido entre Julio César Guerra Tulena y la Comunidad indígena de la que es su Capitán Menor, por la ocupación que ellos hacen del predio y el desalojo al que son posteriormente sometidos.

Sobre los hechos concretos del 17 de abril de 1994, relata que él no estaba presente tal día en el lugar de los acontecimientos. (folios 21, cuaderno original y 31 a 34 del anexo de la Defensoría).

3. Juan Beltrán Pila (firmante de la denuncia pública), declaró en 2 ocasiones, para relatar en primer lugar el largo conflicto de tenencia de tierras que ha mantenido la comunidad indígena a la que pertenece con la familia Guerra, quejándose de malos tratos por parte de la fuerza pública durante los desalojos, atropellos que incluyen incendios de casas y destrucción de cultivos.

En lo que tiene que ver con el incidente del 17 de abril de 1994, nada le consta por cuanto no estaba en el lugar cuando ocurrió, sino que llegó después de la quema de la casa de Alberto Santos, hecho que atribuye al Senador Guerra, cuando los niños y la mujer de aquel se encontraban llorando en un costado de la propiedad y a Santos se lo habían llevado, luego de lo cual regresó, pero afirma "que ya venía amenazado". (Folios 30-31; cuaderno de la Fiscalía y 28 a 30 del anexo de la Defensoría).

4. José Alfredo Quintana, suscriptor de la denuncia pública, señala que el señor Julio Guerra se presentó con otros hombres en la finca "San Francisco" donde se encontraban viviendo Alberto Santos y su familia, a quienes les quemó la casa e hizo que desalojaran y luego le dijo a Santos que fuera a San Andrés de Sotavento a donde efectivamente se fueron, todo lo cual dice lo vio desde una finca vecina. El resto de la declaración la dedica al relato de las continuas invasiones al mismo predio y los consiguientes desalojos de la misma por parte de los dueños de la finca. (folios 35 y 36 anexo de la Defensoría).

5. Declaración de Sirfelipe de la Ossa Díaz - dueño de uno de los tractores que estaban arando en el predio San Francisco -, quien indicó que fue contratado junto con José Quiroz por Sergio Sarmiento y otras personas de Cacaotal para tal labor en una extensión de 5 hectáreas, la que se encontraba desempeñando el 17 de abril de 1994 cuando fue impedido de continuarla por un grupo de civiles armados que además les solicitaron los acompañaran hasta el casco urbano de San Andrés de Sotavento (Córdoba), donde fue interrogado por un abogado de nombre William mientras Julio César Guerra Tulena mecanografiaba la diligencia.

Narra que una vez fueron informados por Guerra Tulena y los civiles armados de que no podían seguir trabajando, estos se dirigieron a una colina, distante unos 400 o más metros, en la que había una choza que fue destruida por el fuego, sin que pueda precisar quién exactamente la incendió. La construcción incinerada la describe como una simple choza de 6 metros de largo por 4 de ancho, a la intemperie, sin cerca de ninguna clase, compuesta por cuatro horcones y el techo; por cama tenía una "troja" de palo y como enseres únicamente una olla para cocinar, todo lo cual podría valer $100.000.oo pero "requetepaga".

Niega que el Senador Guerra Tulena portara algún arma el día de los hechos, 17 de abril de 1994, que éste haya proferido amenazas contra el señor que había construido la choza e igualmente niega que en el lugar hubiera algún cultivo, aunque reconoce haber visto algunas matas de yuca, pero salteadas. (folios 263 a 267, cuaderno original).

6. Declaración de José del Carmen Quiroz Ramírez, otro de los propietarios de uno los tractores, quien señaló que fue engañado en la contratación de los tractores para ir a trabajar a una tierra que no sabía que era invadida. Explica que a él y a su compañero Sirfelipé de la Ossa Díaz, les impidió seguir en su labor el dueño de la finca en la que estaban trabajando, acompañado de un grupo de civiles armados, y luego, él, Ossa y otro señor que estaba en la misma finca acompañaron al dueño a San Andrés de Sotavento, donde los dos restantes rindieron una declaración ese día y él lo hizo al día siguiente.

No tiene ningún conocimiento sobre la autoría del incendio de una choza, aunque sabe que sí fue incendiada una; sobre cultivos en el lugar donde se hallaba dice que allí había uno pequeño de yuca, circunstancia que contribuyó a su engaño, pues no advirtió que se trataba de una invasión. (folios 300 a 302, cuaderno original).

7. Declaración de Yolanda Isabel Herrera compañera permanente de Alberto Manuel Santos Carrascal, en la que dice que para el 10 de mayo de 1994 completaría 3 años de estar en el predio "San Francisco", pero que el año pasado (1993) llegó la Policía a desalojarlos y en tal procedimiento les quemó los ranchos, después de lo cual, volvieron a construir las casas hasta ahora - 17 de abril - que estaban unas máquinas arando y se presentó el dueño Julio César Guerra Tulena, que los hizo sacar todo del rancho y le prendió candela al mismo con un mazo de enea.

En similar diligencia ante la Defensoría del Pueblo Seccional de Montería (Córdoba), reconoce que de acuerdo con la Comunidad Indígena del Cabildo Menor de Cacaotal se fue a vivir a la finca "San Francisco", en la que señala que llevaba 2 años de estar allí, que había 3 casas, y ella se metió a vivir allí, donde solo estaban ella y su familia, señalando que durante 2 años no hubo ningún problema hasta cuando empezaron a arar las tierras, que fue cuando llegó el dueño Julio César Guerra Tulena y 12 civiles armados, quien la insultó y le dijo que saliera de ahí pacíficamente, que no buscaran problemas, luego de lo cual el señor Guerra le prendió fuego a la casa grande.

Agrega que a su compañero y a los dos tractoristas se los llevaron para San Andrés de Sotavento y que con posterioridad a esos hechos estuvo un grupo de hombres armados que hicieron un disparo en el sector de la represa y luego llegó un piquete de la Policía que "les pidió desalojo", y que aunque lo hicieron voluntariamente, sí los insultaron. Finaliza la declaración señalando a Noris Santana y Rogelina N. como testigos de los hechos.

(Folios 26 a 28 cuaderno de la Fiscalía 22 de Chinú y 20 a 23, anexo de la Defensoría).

8. Roquelina Quiñones Suárez, dice que se encontraba en la fecha de los hechos acompañando a Yolanda Herrera en la recuperación de la finca "San Francisco", cuando llegó Julio César Guerra Tulena en compañía de un grupo de hombres armados, cogió un mazo de enea de la misma finca y le metió candela a la casa grande, mientras que los otros compañeros de él las acosaban para que recogieran sus enseres, cosa que hicieron para pasarlo todo a la finca vecina. Relata igualmente que se llevaron a Alberto Santos para San Andrés de Sotavento a tomarle una declaración y que mandaron un tractor para sacar a Yolanda y a sus hijos para la carretera, pero ellos no dejaron y por el contrario retuvieron el tractor hasta cuando les devolvieron a Santos Carrascal, cosa que ocurrió alrededor de las 7 de la noche. Explica que los únicos que vivían en el terreno invadido eran Santos, Yolanda y sus hijos, que ella y otras personas se turnaban para irlos a acompañar en el día y en la noche y que en el incidente que relata no hubo violencia contra las personas. (folios 17 a 19, anexo de la Defensoría).

9. Nory del Socorro Santana Flores, otra de las mujeres que acompañaba a Yolanda Isabel Herrera, relata que el señor Guerra Tulena llegó a la finca, a la casa de Alberto, prendió el fósforo e incendió la casa diciendo que la desalojaran que ellos eran unos guerrilleros, advirtiendo que venía acompañado de unos agentes del DAS de Sincelejo (Sucre). Sobre amenazas dice que Guerra Tulena solo le dijo a Yolanda que se fuera de ahí, menciona que le tomaron unas fotos y que los Policías afirmaron que ellos no tenían nada que hacer allí porque eso no pertenecía al resguardo indígena. (folio 36, anexo de la Fiscalía)

10. Declaración de Ana Isabel Quiñones que refiriéndose al incidente del 17 de abril de 1994 señala que ese día llegó el doctor Guerra con agentes del DAS y unos guardaespaldas de él e incendió las casas, haciendo especial énfasis en que fue él porque ella lo vio e igualmente cuando "se llevó" al compañero Alberto y lo retuvo durante más de 2 horas en San Andrés de Sotavento. Relata luego un nuevo desalojo ocurrido con posterioridad a tal fecha, en el que intervinieron 70 agentes de la Policía, les tomaron fotografías a ella y a otros ocupantes de la finca y quemaron otras 2 casitas, hecho del cual dice es responsable Martín Pila Suárez. (folios 37 y 38, cuaderno anexo de la Fiscalía).

11. Declaración del Agente de la Policía Nacional Ubaldo Emilio Alvarez Baquero, quien para el 17 de abril de 1994 se desempeñaba como secretario de la Estación Rural de Policía de San Andrés de Sotavento, y recuerda que para la fecha se encontraba haciendo uso de franquicia y lo mandaron a buscar para que recepcionara unas declaraciones, señalando que él escribía a máquina mientras el Comandante de la estación practicaba el

interrogatorio, recuerda que Guerra Tulena estaba acompañado por un grupo de escoltas y que él no se encontraba armado. Sobre la forma en la que fueron conducidos los declarantes no tiene ningún conocimiento por cuanto no se hallaba en el lugar al momento de su llegada, pero señala que durante la declaración no hicieron ninguna manifestación sobre que se hubiera ejercido alguna presión en su contra. (folios 287 a 289, cuaderno original).

12. El Dragoneante de la Policía Nacional Humberto Enrique Muñoz Blanco, quien para la época de los hechos se desempeñaba como Comandante Encargado de la estación Rural de Policía de San Andrés de Sotavento (Córdoba), indicó que en tal día se presentó a la Estación el Senador Guerra Tulena en compañía de otras personas que habían sido sorprendidas en la finca "San Francisco" y a las que solicitaba se les tomará una declaración, a lo cual procedió el declarante en asocio con el Secretario.

Niega que el doctor Guerra haya tenido alguna participación en la recepción de las declaraciones, o que éste portara algún arma ese día y afirma que pudo percibir que los declarantes acudieron voluntariamente a la diligencia. (folios 287 a 292, cuaderno original).

13. Declaración de William Rodrigo Pacheco Alvarez, administrador de la finca "San Francisco", quien relata una larga lista de incidentes de invasión a ese predio en los que han intervenido los señores Sarmiento y Rivas, quienes últimamente, hace como 4 años, han recibido la colaboración de Alberto Manuel Santos Carrascal, persona que venía huyendo de la comunidad de la Esperanza por haberle cercenado de un machetazo la mano a un compañero. Dice que a Santos Carrascal le construyeron en la finca "San Francisco" un rancho con 4 estacas y ahí duró viviendo como 7 meses hasta que hubo un operativo de desalojo en el que se le destruyó la construcción y se le llevó detenido a San Andrés de Sotavento.

Luego del anterior desalojo duraron un tiempo sin invadir, hasta que trajeron 2 maquinas y las pusieron a arar la tierra y nuevamente los desalojaron y se destruyó la "currancha", que explica es una construcción rústica, y a partir de allí han hecho como otras 5 entradas a la finca, en las que cortan el sorgo que hay sembrado y plantan yuca, aunque aclara que el mal más grande que hacen es cortar las cercas.

Explica que el 17 de abril de 1994 que se desalojó a Santos Carrascal se le quemó la "currancha", pero que el doctor Guerra Tulena no participó en el hecho, porque él no se mete en eso, que esa es una labor que hace ahí cualquier trabajador, niega que haya existido peligro para alguna persona por la quema del rancho y aclara que en las invasiones siempre llegan con plantas grandes de plátano o yuca, para dar la impresión de un cultivo grande. Niega que el doctor Guerra Tulena portara algún arma el día de los hechos o en cualquier ocasión e igualmente niega que el traslado de Santos Carrascal y los tractoristas a la estación de Policía de San

Andrés de Sotavento haya sido obligatoria, sino que al contrario fue voluntaria, tanto que al mismo Santos lo regresaron al mismo lugar y además se le mandó un tractor manejado por Nilson Villadiego para que les hiciera el trasteo, pero lo detuvieron los compañeros de Santos y cuando lo devolvieron le habían dañado el radiador. (folios 252 a 257, cuaderno original).

14. Declaración de Nilson Villadiego, empleado de la finca "San Francisco" quien en declaraciones ante la Defensoría del Pueblo y la Fiscalía 14 de la Unidad de Patrimonio de Montería (Córdoba) señaló su desconocimiento de los hechos ocurridos el 17 de abril de 1994 porque tal día se encontraba en Sincelejo (Sucre), aunque luego advierte que tal vez estaba dedicado a labores de ganadería como encierro de becerros, y niega que haya tenido tal día algún incidente con un tractor que le haya sido retenido a él y ante una pregunta del comisionado sobre su presunta presencia en el lugar, advierte que la persona que se le nombra, Edgar Villadiego, es su hermano. Sin embargo, en la diligencia ante la Defensoría reconoce el incidente del tractor, e incluso señala que Santos se lo entregó dejando constancia que estaba en buen estado, pero señala la presencia de agentes de la Policía el día en que ocurrió el desalojo que originó la retención del tractor por parte de la Comunidad Indígena. (folios 268 a 270, cuaderno original y 24 a 25 del anexo de la Defensoría).

15. Edgar Alfonso Villadiego Banda, empleado de la finca "San Francisco" relató sobre las continuas invasiones que ha soportado ese predio, la última de las cuales ocurrió 20 días antes de la diligencia (19 de diciembre de 1995) pero no hubo necesidad del desalojo porque los invasores salieron voluntariamente. Explica que en las invasiones regularmente se hacen aparecer plantas altas de yuca y plátano, para dar una errada impresión, pues lo cierto es que esos vegetales son transplantados ya grandes. Explica que en 1994 hubo varias invasiones y desalojos y que uno de ellos ocurrió cuando llegó el doctor Guerra y encontró unas máquinas arando la tierra, a cuyos conductores se les dijo que se salieran, lo cual hicieron, así como los invasores, luego de lo cual se les tumbó una choza, que eran en realidad cuatro palos clavados en la tierra. Dice que para el 17 de abril había un cultivo como de 2 meses pero que Santos entraba de día y se iba de noche, que el cultivo quedó solo y se lo comió el ganado, aunque más adelante agrega que la enramada destruida se puede confeccionar en un lapso corto y que la destruida ni siquiera tenía palma. (folios 370 a 372, cuaderno original).

16. Declaración de Remberto Manuel Osuna Fuentes, abogado que acompañaba al Senador Julio César Guerra Tulena el 17 de abril de 1994. Relata que desde hace más de 2 años ha sido el apoderado de los dueños de la finca San Francisco para atender las acciones legales que han debido iniciarse por las continuas invasiones que ha padecido el predio, recordando una que inició en abril de 1994 y otra en agosto de 1995.

Respecto de los hechos ocurridos el 17 de abril de 1994, recuerda que a las 2 o 3 de la tarde de tal día fue informado por Julio César Guerra Tulena sobre la presencia de invasores en la finca "San Francisco", a donde se dirigieron acompañados de algunos efectivos del DAS que les asignaron del puesto de Sahagún (Córdoba), para encontrar en el sitio de la invasión una choza y al señor Alberto Santos acompañado de su señora y dos señores más que en unos tractores se disponían al arado de la tierra, quienes fueron persuadidos de abandonar tal tarea, luego de lo cual consintieron en asistir hasta la Inspección Central de Policía para recepcionarles declaraciones juradas que como pruebas extraprocesales de la ocupación de hecho se anexaron a la querella policiva presentada, luego de lo cual fueron regresados los declarantes a sus lugares, aunque recuerda que Alberto Santos nuevamente volvió a invadir la finca.

Explica, ante las preguntas del instructor, que las declaraciones fueron tomadas por los "señores de la Inspección de Policía", pero reconoce que impartió algunas instrucciones sobre la técnica de la diligencia y que Guerra Tulena se acomodó al lado del escribiente para auxiliarlo en el cambio del papel y en advertirle que la documentación debería quedar por triplicado. Aclara que la fecha de los hechos relatados en la querella -18 de abril de 1994- obedece a que posteriormente se reinvadió la finca por un alto número de personas. Sobre la supuesta incineración de la choza de Santos Carrascal, niega que tal cosa haya ocurrido el 17 de abril de 1994, y si ocurrió posteriormente, atribuye el hecho al propio Santos, para "crear protagonismo" y finaliza negando el uso de fuerza o violencia en contra de los invasores y menos por cuenta del Senador Julio César Guerra Tulena. (folios 258 a 262).

17. José Sarmiento Villadiego, miembro de la comunidad de Cacaotal, relata que en concreto sobre los hechos solo le consta que el día 17 de abril de 1994 llegó a la finca "San Francisco" el señor Guerra Tulena, acompañado de su abogado, por lo que él se fue a buscar a los compañeros y cuando regresó encontró la casa incendiada y a la señora de Alberto y sus niños en otra casa del lado llorando. Relata que a Santos y a los dueños de las maquinas que ellos habían contratado para arar el terreno se los llevaron para San Andrés y Guerra Tulena intentó quemar una casa que estaba en pie, pero unos señores de civil se lo impidieron.

Menciona que desde el año de 1989 está en lucha por esas tierras y que los problemas se han agravado como consecuencia de la desafectación del predio por parte del INCORA, lo que dice ocurrió por la traición de algunos compañeros del pueblo de Escobar Abajo que enviaron una manifestación a Bogotá señalando que no necesitaban la tierra, aunque cree que tal comunicado fue orquestado por la familia Guerra Tulena. (folios 32 y 33, anexo de la Fiscalía 22 de Chinú).

18. Declaración del agente del D.A.S. Hernando Holguín Pérez, quien señala que para la época - 17 de abril de 1994 - fue asignado, por una

orden verbal del Director Seccional de esa Institución en Córdoba, para prestarle seguridad al Senador Julio César Guerra Tulena, para lo cual se trasladaron a Chinú (Córdoba), desde donde se dirigieron con el Senador a la finca "San Francisco", en la que encontraron 2 ranchos de palma recién fundados y a una distancia de 500 metros de los ranchos, 2 tractores arando la tierra.

Relata el declarante que Guerra Tulena les informó a las personas de los ranchos y a los tractoristas que el terreno en el que se encontraban era de su propiedad por lo que les solicitó formalmente que desocuparan las casas y que detuvieran el arado del predio y a su vez los citó para que fueran a San Andrés de Sotavento, donde se les tomó una declaración en el Comando de la Policía, sobre cuyos pormenores no puede informar por no haber ingresado a tal dependencia, aunque asegura que con posterioridad a la diligencia de declaración fueron saliendo una a una las personas que habían estado declarando.

Sobre la quema del rancho que es objeto de denuncia señaló que ello ocurrió por orden de Guerra Tulena a un trabajador de la finca, después de que éste había sido desocupado por una señora y unos niños que estaban allí; explica que las personas acudieron al puesto de Policía por voluntad propia, pues él y sus compañeros agentes del D.A.S. tenían la exclusiva misión de prestarle seguridad personal al Senador. Finalmente dice que en el predio había 2 ranchos, uno grande y uno pequeño y ningún cultivo, pues apenas estaban iniciando el arado de la tierra para la siembra. (folios 364 a 366, cuaderno original).

19. El también agente del D.A.S. Jorge Camargo, señaló respecto de los hechos que el 17 de abril de 1994 prestó seguridad al senador Julio César Guerra Tulena, con quien se desplazaron hasta la finca "San Francisco" que había sido invadida en la parte de atrás por una familia de raza indígena integrada por Alberto Manuel Santos Carrascal, su señora y 4 niños menores, con los cuales dialogó el Senador para solicitarles el desalojo de su tierra, por lo cual sacaron sus pertenencias. Señala que en el sitio había dos casas pequeñas en palma, una de las cuales tenía por pared unas latas (sic) de corozo y una troja para dormir; la otra solo tenía el techo de palma, las cuales fueron incendiadas por un trabajador de la finca, aunque no precisa detalles sobre su identidad.

Advierte sobre la presencia de dos tractores trabajando en el predio al momento del arribo de ellos acompañando al doctor Guerra y de cultivos señala haber visto uno pequeño de yuca y unas cuantas matas de plátano, las que evidenciaban que habían sido transplantadas ya grandes. Sobre las condiciones del traslado de los tractoristas y Santos Carrascal al Comando de Policía de San Andrés de Sotavento coincide con el anterior declarante. (folios 367 a 369, cuaderno original).

20. Declararon igualmente los trabajadores de la finca "San Francisco" Fernando Julio Pacheco Alvarez (folio 364, cuaderno original) y Roberto Carlos Suárez Chavez (folio 373, cuaderno original), a quienes nada les consta de los hechos del 17 de abril de 1994.

En similar sentido lo hicieron algunos compañeros de Alberto Manuel Santos Carrascal, como José Virgilio Quiñones Suárez (folio 24, anexo Fiscalía Chinú); José Rafael Pérez Coronado (folios 29-30, anexo Fiscalía; 26-27, anexo Defensoría); Carlos Miguel Rivas Polo (folios 34 y 35, anexo de la Fiscalía);

Igual cosa se predica de las declaraciones de Rafael Ignacio Valero Moreno y José de Jesús Espitia Urzola, agentes del D.A.S. (folios 283 a 286, cuaderno original); de las de Juan Bautista Casado Romero, José Dolores Narvaez Mendoza y Rodrigo Rafael Rodríguez, Alcalde, mensajero e Inspector Central de Policía del municipio de San Andrés de Sotavento, respectivamente. (folios 293 a 304, cuaderno original).

21. Inspección ocular practicada el 5 de mayo de 1994 por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación en la finca "San Francisco" en la que adentrándose en tal predio se encontró una pequeña planicie de 20 metros de altitud en cuya cima se hallaron varios horcones de madera carbonizados que por su posición debieron formar una casa, 10 postes enterrados y los restos "de lo que pudo ser un baño o una cocina", de donde el funcionario del C.T.I. concluye que allí hubo 2 viviendas y un baño. Igualmente detalló un sembrado de plátano y yuca, así como un terreno arado en un área de 5 hectáreas aproximadamente. (folio 41, cuaderno anexo de la Fiscalía 22 de Chinú).

A la diligencia se anexaron dos fotografía en blanco y negro (folio 49) en las que se aprecian varios maderos enterrados en el suelo, aparentemente quemados, al igual que un buen número de estacas de guadua en el piso.

22. Inspección judicial practicada por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés de Sotavento en el predio "San Francisco", por comisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que constató que en el lugar de los hechos para la fecha de la diligencia solo hay un terreno arado que ha sido sembrado en sorgo, unas pocas plantas de yuca algunas de las cuales han sido cortadas a ras del suelo, sin hallarse huella de incendio alguno. (Folio 29, cuaderno original).

23. Inspección judicial practicada por la Fiscalía 14 de la Unidad 1ª de Patrimonio de Montería (Córdoba) en la Inspección Central de Policía de San Andrés de Sotavento sobre el proceso policivo iniciado por la señora María Victoria Soto de Guerra contra Sergio Sarmiento y otros. (folios 123 a 125, cuaderno original).

En la diligencia se obtuvieron copias de los siguientes documentos:

23.1. De la querella policiva presentada por el apoderado de María Victoria Soto de Guerra contra Sergio Sarmiento y otros, por el ingreso al predio "San Francisco" el 18 de abril de 1994 para arar la tierra con 2 tractores y obstaculizar el ingreso a la finca de sus legítimos dueños. (folios 132 a 134).

23.2. De los anexos de la querella entre los que se encuentra la escritura del predio invadido y las declaraciones de Felipe de la Ossa Díaz, José del Carmen Quiroz y Alberto Manuel Santos Carrascal. (folios 136 a 147).

23.3. De la resolución del 20 de abril de 1994, por medio de la cual la Inspección de Policía admite la querella y decreta el lanzamiento o desalojo.

23.4. De la diligencia de inspección ocular practicada por la Inspección de Policía el 27 de abril de 1994 en el predio "San Francisco", en la cual se pudo constatar que para tal fecha el inmueble está ocupado por varias personas en un área de 3 a 5 hectáreas aproximadamente, que el terreno se encuentra arado, cercado con postes y tres cuerdas de alambre de púas, y en él se han construido "2 chozas pequeñas y en canilla, es decir sin cerca". (folio 153).

23.5. De la diligencia de desalojo que se realizó el 29 de abril de 1994, en la que se halló lo descrito en punto anterior, así como tres señoras y varios menores de edad, quienes tenían sus enseres recogidos y desocuparon voluntariamente el inmueble. (folio 158).

24. Inspección Judicial practicada por la misma Fiscalía en el Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés de Sotavento, al proceso penal que allí se adelantó por perturbación de la posesión de inmueble, contra Carlos Rivas y otros, por hechos ocurridos el 20 de marzo de 1992 en la finca "San Francisco", actuación que culminó en tal despacho judicial el 20 de abril de 1994 con sentencia condenatoria contra los sindicados. (folios 187 a 189).

25. Inspección Judicial en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú (Córdoba) donde se encontró la actuación pendiente de resolverse el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés de Sotavento contra Carlos Rivas y otros. (folios 191 y 192).

A la actuación se agregó además la siguiente prueba documental:

26. Fotocopia autenticada del folio 208 del libro de población de la estación Rural de Policía de San Andrés de Sotavento (Córdoba) en el que aparece una anotación del 17 de abril de 1994 a las 17:00 horas, día y hora en la que se presentó el Senador Julio César Guerra Tulena a

querellarse en contra de Alberto Manuel Santos Carrascal por la ocupación del predio "San Francisco". (folios 72 y 73, cuaderno anexo de la Defensoría).

27. Folio de matrícula inmobiliaria del predio "San Francisco". (folio 68 cuaderno original).

28. Oficio No. 17360 del Incora y anexos del mismo, en el que informa a la Sala todo lo relacionado con el proceso de afectación y desafectación del predio denominado "San Francisco" ubicado en jurisdicción del municipio de San Andrés de Sotavento (folios 43 a 57 del cuaderno original).

29. Informe del 18 de abril de 1994 que rinden los agentes del D.A.S. Hernando Holguín Pérez, Pablo Enrique Ortiz Sanabria, Jorge Camargo y José Vicente León Vargas quienes prestaron seguridad personal al Senador Julio César Guerra Tulena e informan sobre el hallazgo de la invasión en el predio "San Francisco" así como sobre el desalojo voluntario de las personas que allí se encontraban. (folio 349, cuaderno original).

30. Fotocopia auténtica del informe de Indagación Preliminar de la Comisión Legal de Ética del Senado de la República en el que se abstienen de abrir investigación contra el Senador Julio César Guerra Tulena por los hechos puestos en conocimiento de esa célula Congresional por la Organización Nacional Indígena, relacionados con posibles atropellos del Senador a la comunidad indígena Zenu de Cacaotal en el municipio de San Andrés de Sotavento (Córdoba). (folios 400 a 412, cuaderno original No. 1).

31. Diligencia de indagatoria del doctor Julio César Guerra Tulena, en la que señala que los únicos problemas que se han padecido en el predio "San Francisco" tienen que ver con las continuas invasiones que ha hecho el señor Alberto Santos a nombre de otros 3, a quienes nombra como Rivas, Sarmiento y Noriega.

Sobre el incidente del 17 de abril de 1994, recuerda que ese día era domingo y el administrador le avisó a Sincelejo (Sucre) sobre la presencia de 2 tractores arando en la finca por lo que solicitó el apoyo de la fuerza pública, y se dirigió al predio, a donde llegó acompañado de algunos agentes del D.A.S. y de su abogado Remberto Osuna, deteniendo las máquinas, los maquinistas y al señor Alberto Santos, quienes fueron llevados a la Inspección de Policía de San Andrés de Sotavento (Córdoba), donde se les interrogó, por parte de su abogado, mientras él mecanografiaba la diligencia, ya que el Policía no sabía escribir a máquina.

Relata que posteriormente los maquinistas se fueron a sus casas y el señor Santos fue regresado a cercanías de la finca para que se reuniera con su mujer e hijos que habían quedado en el sector. Explica que la invasión llevaba pocas horas de ocurrida, pues como son tan continuas, los empleados de la finca tienen precisas instrucciones de no dejarlos asentar y por tanto de dar aviso inmediato.

Niega que él o alguno de sus trabajadores portaran armas el día en mención, señala que no había cultivos, pues hasta ahora estaban arando el terreno y que la única construcción eran unas covachas, cuya destrucción no observó, aunque reconoce que los trabajadores de la finca tienen orden permanente de destruir el mismo día y una vez lo ha abandonado, todo lo que construye Alberto Santos, ello con el propósito de evitar que vuelva a usar los mismos materiales.

Finaliza aportando documentos sobre las continuas acciones legales que han presentado por las invasiones del predio "San Francisco" y descartando que Santos sea un indígena, cuya presencia además descarta en el sector, y lo ubica más como invasor profesional que esta en connivencia además con las personas que atrás mencionó. (folios 213 a 225).

32. Al indagado se le resolvió la situación jurídica absteniéndose la Sala de imponerle medida de aseguramiento en decisión en la que limitó así el objeto procesal:

Primero: "Destruir mediante fuego la casa donde habitaba Alberto Manuel Santos Carrascal en compañía de su familia y desalojarlos por su propia cuenta de la finca San Francisco, perteneciente a su esposa"

Segundo: "Llevarse por la fuerza a Alberto Santos y a los dos tractoristas que encontró arando tierras de dicha finca, hasta la inspección rural de Policía de San Andrés de Sotavento con el fin de que rindiera declaración".

33. El alegato de conclusión:

Lo inicia el defensor con un recuento histórico sobre la creación del resguardo indígena de San Andrés de Sotavento por Cédula Real de 1773 y su posterior desmembración a favor del municipio de San Andrés de Sotavento (Córdoba) que finalmente vendió parte de los terrenos a particulares.

Como consecuencia de la política de despojo de las tierras de los indígenas, que adelantaron las autoridades municipales de San Andrés de Sotavento, el resguardo se redujo de las 83.000 hectáreas de tierra reconocidas por la Cédula Real a las 10.213 con que actualmente cuenta "distribuidas en globos discontinuos", lo cual ha tratado de remediar el INCORA desarrollando una política de recuperación de tierras, afectando terrenos por los que luego se hacen ofertas de compra que en la mayoría de los casos han sido aceptados.

Explica entonces que el predio denominado "San Francisco" soportó un proceso administrativo de adquisición del predio desde el año de 1988 a solicitud de la comunidad indígena, el que luego de un dilatado trámite finalizó con la decisión del 9 de febrero de 1993 de la Junta Directiva del INCORA de desafectar el predio.

Ubica todo lo anterior como ambiente socio - político antecedente a los hechos que originaron la investigación penal a la que fue vinculado su representado Julio César Guerra Tulena.

Respecto de tales sucesos los reduce a la presencia de su poderdante en la finca "San Francisco", acompañado de varios agentes del D.A.S., como consecuencia del llamado del administrador del predio que lo puso al tanto de la ocupación de hecho por parte de Alberto Manuel Santos Carrascal y de la presencia de 2 tractores que estaban arando la tierra, por lo que invasor y tractoristas fueron invitados a desalojar el predio y a concurrir a la Inspección de Policía de San Andrés de Sotavento a rendir una declaración, luego de lo cual Santos fue regresado al sitio de origen y los tractoristas se fueron por sus propios medios.

Aclara que se incineró una choza que se había levantado en el predio por parte del ocupante de hecho, lo que se hizo una vez se aseguró su completa desocupación y sin que ninguna otra vivienda corriera peligro, pues el fuego siempre estuvo controlado.

Tales acontecimientos han sido presentados de manera distorsionada por el querellante que en 3 diligencias diferentes ha tratado de presentar al sindicado Guerra Tulena en compañía de civiles armados y perpetrando un grave atropello en contra de la comunidad indígena, cuando lo cierto es que los presuntos civiles armados eran agentes del D.A.S.; no existe ninguna comunidad, pues el invasor era únicamente Santos Carrascal; y, no hubo atropellos de ninguna naturaleza pues el desalojo fue pacífico y el incendio de la "currancha" ocurrió una vez había sido desalojada.

Cita como pruebas de tales conclusiones, los testimonios de los Agentes del D.A.S. Rural, Hernando Holguín Pérez, Jorge Camargo, Pablo Enrique Ortiz Sanabria y José Vicente León Vargas; el del abogado Remberto Manuel Osuna Funéz (sic) y el de los Agentes de la Policía Nacional Humberto Enrique Muñoz Blanco y Ubaldo Emilio Alvarez Baquero, los de éstos últimos específicamente para señalar la naturaleza voluntaria de la comparecencia de los tractoristas y el invasor a la Inspección de Policía a rendir declaraciones libres y espontáneas.

Destaca a continuación la manipulación de los hechos por parte del querellante y de los miembros de la Organización Nacional Indigenista de Colombia que se han dedicado a presentar al Senador Guerra Tulena como un ser violento y dominante, violador de los derechos humanos, todo lo cual no es más que un "manido plan de desprestigio moral, social y político" contra el Senador.

Finaliza dedicando un aparte al concepto de la función social de la propiedad y otro al análisis de la decisión que se abstuvo de imponer medida de aseguramiento al Senador Guerra Tulena, recordando que el desalojo del invasor estuvo justificado por la necesidad de defender el

predio "San Francisco"; que el presunto delito de incendio es atípico porque la conducta aunque se realizó no entrañó peligro común y finalmente que no hubo conducción de los tractoristas y el invasor, sino comparecencia voluntaria de ellos ante las autoridades de policía de San Andrés de Sotavento, por lo que solicita que en la decisión calificatoria se precluya la instrucción.

CONSIDERACIONES

Las pruebas hasta el momento recaudadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, demuestran fehacientemente los siguientes hechos:

1. La condición de Senador de la República del doctor Julio César Guerra Tulena y el ejercicio actual de tal cargo.

2. La invasión de que fue objeto el predio "San Francisco", ubicado en jurisdicción del municipio de San Andrés de Sotavento, el 17 de abril de 1994 por parte de Alberto Manuel Santos Carrascal y su familia, para lo cual además utilizaron dos tractores.

3. El desalojo que ese mismo día se hizo de los invasores por parte del Senador Julio César Guerra Tulena y la presencia del cabeza de familia Santos Carrascal y de los tractoristas en la Inspección Rural de Policía de San Andrés de Sotavento donde se les recibió declaración.

4. A partir de los hechos relacionados y debidamente demostrados con las pruebas que se han detallado en el acápite correspondiente, el señor Alberto Manuel Santos Carrascal y varios supuestos miembros de la comunidad indígena de San Andrés de Sotavento presentaron 3 denuncias en las que aparece clara la intención de exagerar los acontecimientos, para hacer ver una situación de abuso violento por parte del denunciado en contra, no de un invasor de un predio rural, sino de toda una comunidad indígena, que además tendría legítimos derechos para reclamar legalmente esas mismas tierras que pretende por las vías de hecho.

5. Plena prueba de la tergiversación maniquea que los denunciantes hacen de los acontecimientos es la presentación que realizan de la supuesta posesión de un arma en la que estuvo Guerra Tulena el 17 de abril de 1994, hecho que no aparece en la denuncia pública que los miembros de la comunidad indígena de Cacaotal remitieron a la Defensoría del Pueblo (folios 1 y 2 del cuaderno original; 14 y 15 del cuaderno de la Fiscalía 22 de Chinú).

Tampoco se menciona tal situación en la primera denuncia formulada por el señor Santos Carrascal el 28 de abril de 1994, a pesar de la pregunta concreta que el Funcionario Judicial le hace sobre el tema de las amenazas, que el denunciante ha tocado en el desarrollo de la diligencia (folio 2, cuaderno de la Fiscalía 22 de Chinú), limitándose en la respuesta a

señalar dos advertencias de Guerra; una, sobre "que tenía que irme (de la finca) por las buenas o las malas"; y otra, la de procesarlo legalmente, que el denunciante entiende de la frase "en esta ocasión no te detengo pero la próxima vez, si tu no te vas que iba a sacar un expediente para que me pusieran preso", pero en ninguna parte menciona que el Senador portara algún arma ese día y menos aún que la esgrimiera en contra suya.

Pero en las ampliaciones que Santos Carrascal hace el 4 de octubre de 1994, ante la Defensoría del Pueblo (folio 39 cuaderno anexo de la Defensoría) y el 5 de junio de 1995 ante la Fiscalía 14 de la Unidad 1ª de Patrimonio de Chinú (folio 118, cuaderno original), se refiere, no solo al presunto porte de un revólver por parte de Guerra Tulena sino a su utilización en contra suya para amenazarlo y obligarlo a ir con él hasta San Andrés de Sotavento.

Naturalmente que el hecho de que Guerra Tulena portara un arma y amenazara con ella a Santos Carrascal era un acontecimiento, que de haber ocurrido en la forma como ha sido relatado en las diligencias de octubre de 1994 y 5 de junio de 1995, 6 meses y más de un año después, respectivamente, ha debido ser incluido por él desde su inicial denuncia que ocurrió el 28 de abril de 1994, tan solo 11 días después de los hechos, o por sus compañeros del Cabildo Indígena, que suscriben la denuncia pública el 18 de abril de 1994, al día siguiente de ocurridos los acontecimientos objeto de la misma.

Que el presunto porte de un arma por parte del Senador Guerra Tulena y su utilización para amenazar a Santos Carrascal, se haya omitido de mención en las diligencias más recientes a la supuesta ocurrencia de tal hecho y al contrario se incluya en aquellas realizadas en dilatados lapsos que superaron el semestre y el año, no se explica en otra razón que en la falacia del acontecimiento, y su invención no puede obedecer a propósito distinto que el de intentar perjudicar la situación del denunciado Guerra Tulena frente a la investigación, presentándolo como utilizador de una violencia arbitraria e innecesaria para el desalojo de los invasores de su finca.

6. Tampoco ofrece credibilidad el relato que las denuncias y sus posteriores ampliaciones hacen de la supuesta conducción abusiva que Guerra Tulena y sus escoltas hicieron de los tractoristas y del señor Santos Carrascal hasta la Estación Rural de Policía de San Andrés de Sotavento para recepcionarles unas declaraciones.

También sobre este punto es apreciable la manipulación de los hechos por parte de Santos Carrascal, pues trata de hacer aparecer que fue objeto de una conducción forzada y bajo amenaza de arma de fuego, cuando la realidad es que su comparecencia, al igual que la de los tractoristas, a la Inspección Rural de Policía de San Andrés de Sotavento fue voluntaria, pues aunque señala, en su inicial denuncia ante la Unidad de Fiscalía

Previa y Permanente de Sincelejo (Sucre) el 28 de abril de 1994 (folios 1 a 3 del cuaderno de la Fiscalía 22 de Chinú), que Guerra Tulena le dijo que tenía que acompañarlo, en ninguna parte indica que tal manifestación verbal hubiera estado acompañada de alguna fuerza física que lo obligara a cumplir tal cometido.

Robustecen esta conclusión las declaraciones de los tractoristas Sirfelipe de la Ossa Díaz (folio 266 cuaderno original) y José del Carmen Quiroz Ramírez (folio 300 ibidem) que señalan la voluntariedad del traslado y el buen trato recibido por parte de Guerra Tulena; la de los agentes del DAS que prestaban seguridad el 17 de abril de 1994 al Senador y la de los agentes de la Policía Nacional que estuvieron presentes durante las declaraciones, pues los primeros niegan la conducción de alguna persona, asunto que los segundos reafirman apoyados en la actitud que los declarantes mostraron al momento de la diligencia y la inexistencia de protestas por una supuesta detención arbitraria. (folios 289 y 291, cuaderno original).

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la presunta conducción arbitraria de los tractoristas y el invasor Santos Carrascal era innecesaria, pues ninguno de ellos tenía interés alguno en ocultar ante las autoridades la razón de su presencia en la finca "San Francisco".

En cuanto tiene que ver con los tractoristas Sirfelipe de la Ossa Díaz y José del Carmen Quiroz Ramírez, su contratación para trabajar en el terreno que se encontraban arando se hizo bajo engaño, pues nunca se les informó que se trataba de una invasión, al respecto ellos son claros en señalarlo así ante preguntas concretas del instructor sobre el tema en los folios 266 y 300 del cuaderno original No. 1, de donde ha de concluirse que ninguna necesidad había de conducirlos en contra de su voluntad para la recepción de las diligencias, ya que ellos eran los más interesados en aclarar la situación, tan ello es así, que Quiroz Ramírez ni siquiera declaró el mismo 17 de abril, sino que lo hizo al día siguiente cuando se presentó solo y voluntariamente a la Inspección de Policía para entregar su declaración.

Similar situación ha de predicarse de Alberto Manuel Santos Carrascal quien tampoco tenía ningún interés para ocultar su situación de invasor de la finca "San Francisco" ante alguna autoridad o ante los dueños del predio, pues como lo reconoce en las denuncias y en las ampliaciones de la misma, el conflicto por esa tierra es de vieja data y dentro de él reconoce que el predio es de Guerra Tulena pero que lo reclama obedeciendo, primero; a la necesidad de la tierra para la subsistencia de la comunidad y, segundo; a la posesión de un Título Real de la Corona Española que supuestamente acredita a la comunidad como propietaria de esas tierras.

Y es que además, la conducta de Santos Carrascal resulta incluso lógica dentro de la dinámica del enfrentamiento por la tenencia de la tierra que él mantiene con Guerra Tulena, porque frente a los organismos estatales llamados a resolver ese conflicto, sus actuaciones invasoras no estarían más que evidenciando la supuesta necesidad de tierras para su subsistencia, creando con tales situaciones de hecho, las pruebas para que el Estado vea la necesidad de intervenir afectando los terrenos invadidos para proponer fórmulas de adquisición que conduzcan, tal como lo señala el artículo 2° de la Ley 160 de 1994, a "reformar la estructura social agraria por medio de procedimientos enderezados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su fraccionamiento antieconómico y dotar de tierras a los hombres y mujeres campesinos de escasos recursos mayores de 16 años que no la posean, a los minifundistas, mujeres campesinas, jefes de hogar, a las comunidades indígenas y a los beneficiarios de los programas especiales que establezca el Gobierno Nacional".

No existiendo entonces razones para impeler a los tractoristas y al invasor Santos Carrascal para que acudieran a la Inspección Rural de Policía de San Andrés de Sotavento a rendir las sendas declaraciones, resulta natural declarar que por el hecho, mencionado en las denuncias, de "llevarse por la fuerza a Alberto Santos y a los dos tractoristas que encontró arando tierras de dicha finca, hasta la inspección rural de Policía de San Andrés de Sotavento con el fin de que rindieran declaración" por el que se vinculó mediante indagatoria al Senador Guerra Tulena y que se definió como objeto procesal en la situación jurídica, habrá de declararse la preclusión de la investigación.

7. En lo que tiene que ver con el otro punto definido en la situación jurídica como objeto procesal de la investigación, señalado como: "Destruir mediante fuego la casa donde habitaba Alberto Manuel Santos Carrascal en compañía de su familia y desalojarlos por su propia cuenta de la finca 'San Francisco', perteneciente a su esposa", el material probatorio permite afirmar la existencia de los dos hechos y determinar la autoría de ellos en cabeza de Julio César Guerra Tulena.

8. La ley civil colombiana define que el derecho de "dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno", derecho que está íntimamente ligado con el de posesión en cuanto manifiesta la realidad del dominio porque su ejercicio pone de presente la existencia material de aquel.

Ahora bien, pero tal como de vieja data lo reconocen la jurisprudencia y la doctrina, cuando de dominio y posesión se trata, la referencia incluye dos derechos diferentes, ligados sí, pero claramente diferenciables, pues se puede ser propietario sin posesión o poseedor sin ser propietario, aunque esta última sea una de las maneras de acceder a tal calidad.

Como la posesión es una de las formas que la ley civil colombiana reconoce para adquirir el dominio y a tal situación - la de poseedor - puede llegarse de manera regular o irregular y dentro de esta categoría de forma viciosa, ya sea por violenta o por clandestina, todas las cuales encuentran amparo en la misma legislación, resulta natural que el poseedor actual de un bien tenga igualmente herramientas legales para defender su derecho de los ataques de terceros que buscan despojarlo no solo de su condición de poseedor, sino sobre todo mutar la propiedad que ejerce sobre el predio.

Para tal efecto la legislación nacional ha previsto desde las acciones Policivas como la establecida en el Decreto 992 de 1930, hasta las judiciales que contemplan diferentes ordenamientos, hallándose en el Civil la acción reivindicatoria del artículo 946 de tal Código y las acciones posesorias y posesorias especiales de los artículos 972 y siguientes del mismo ordenamiento; y, en el derecho penal las acciones por usurpación de tierras e invasión de tierras o edificaciones.

Pero ese enorme arsenal de recursos legales que el poseedor o el propietario de un bien tiene para defender sus derechos sobre el mismo, no puede dejar de reconocer el derecho que tiene todo poseedor o propietario para reaccionar frente al acto de perturbación mediante procedimientos idóneos y razonablemente proporcionales al daño que se le trata de irrogar, impidiendo la consolidación de un hecho capaz de producir efectos jurídicos.

Es de la esencia del ser humano su natural instinto de conservación que se manifiesta en la protección de sus bienes, o a su integridad personal, mediante reacciones que aunque primarias, por responder a una necesidad, no pueden ser desconocidas por los ordenamientos jurídicos, so pretexto de que el único comportamiento supuestamente racional es la apelación a la autoridad competente para que resuelva el conflicto que genera la agresión.

La racionalidad que debe esperarse de quien pertenece a la especie humana y responde a una agresión injusta, actual o inminente, no es la de soportar la agresión (aunque haya corrientes filosóficas que así lo sostengan), sino la de repelerla con la misma actualidad y, aquí es donde debe aparecer la racionalidad, con la proporcionalidad adecuada a la naturaleza del ataque injusto. No se justifica entonces la diferencia entre hombre y bestia en la negación al primero del instinto de conservación común a todos los seres vivos, sino en el control de ese instinto, de manera que, parafraseando a Platón, no se desborde sino que sea controlado por el auriga de la razón.

9. Cuál es entonces la naturaleza jurídica del comportamiento adelantado por Guerra Tulena, frente a las premisas citadas.

El material probatorio muestra, tal como lo señala la reconstrucción fáctica con la que se inicia el texto de esta decisión, que Julio César Guerra Tulena fue informado el 17 de abril de 1994 por un empleado de la finca sobre la invasión de que estaba siendo objeto el predio, por lo cual se trasladó hasta allí, previa solicitud de la protección personal a la Dirección Seccional del DAS de Córdoba (folios 349 y 355 del cuaderno original) a la que tiene derecho por el nivel de riesgo que se deriva de su condición de Senador de la República, en compañía de agentes de esa Institución y de su abogado.

Una vez allí, las pruebas enseñan que se dirigió al invasor Alberto Manuel Santos Carrascal para conminarlo a desalojar el predio, cosa que éste hizo acompañado de su compañera permanente e hijos.

Sobre la forma en que ocurrió el desalojo, el denunciante señala que Guerra Tulena se dirigió a él con palabras soeces para obligarlo a desalojar, advirtiendo que los civiles armados que lo acompañaban, que no eran otros que sus escoltas, se mantuvieron al margen y su única participación fue la de ayudarle a recoger los enseres. (folios 1 a 3, cuaderno de la Fiscalía 22 de Chinú).

Hasta aquí, si se tiene en cuenta la versión que el propio denunciante entrega, ninguna violencia desproporcionada a la agresión aparece en el comportamiento de Guerra Tulena, como no sea la presunta expresión de palabras soeces que bien pudieron obedecer a la natural ofuscación que genera la invasión de un terreno por extraños que son además conscientes de la naturaleza privada de esa propiedad.

9.1. En la inicial denuncia y en diligencia posterior, 2 de mayo de 1994, el señor Santos Carrascal menciona algunas supuestas amenazas que Guerra Tulena habría lanzado en su contra, pero en punto a su concreción las precisa en frases como "que se fuera por las buenas que después el no respondía"; o, "que ya la campaña política había pasado que ahora si iba a dar pelea" y en el ofrecimiento de $2'000.000.oo o una casa para que dejara de invadir (folio 13, cuaderno de la Fiscalía de Chinú), expresiones y oferta que de ninguna manera pueden considerarse aptas para afectar el bien jurídico de la autonomía personal, por ser afirmaciones que además no entrañan por sí mismas un peligro o un daño que se habrá de infligir a quien haga, tolere u omita hacer alguna cosa.

Por eso más allá del contenido material de las frases, deben apreciarse éstas en el contexto dentro del que se produjeron, máxime cuando Santos Carrascal sí desalojó voluntariamente el predio y por tanto nunca se sabrá la connotación real del complemento, que en todo caso estaba supeditado a la insistencia de Santos en su condición de perturbador de la propiedad que la familia Guerra - Soto tiene sobre ese predio.

Tampoco puede entenderse con la connotación penal de un constreñimiento la expresión de Guerra Tulena sobre su disposición de dar la pelea

por el predio, pues a ello tiene derecho y de tal manifestación no puede deducirse inequívocamente el anuncio de un daño injurídico sobre aquellos que intentan usurpar el bien, ya que la pelea puede abarcar desde el desalojo inmediato a cada invasión hasta las acciones legales pertinentes.

Contribuye a la irrelevancia penal de las expresiones de Guerra Tulena, el comportamiento antecedente, concomitante y posterior al desalojo del 17 de abril de 1994, que no era el primero que soportaba el predio "San Francisco", pues con anterioridad a tal fecha se habían iniciado y tramitado con éxito acciones legales de las que dan cuenta las inspecciones judiciales visibles de los folios 187 a 189 en los que aparecen constancia de la acción penal que se adelantó en el Juzgado Promiscuo Municipal de San Andrés de Sotavento en contra de varias personas por la perturbación de ese inmueble ocurrida el 20 de marzo de 1992.

Igualmente se acreditó la existencia de una querella policiva iniciada el 18 de abril de 1994, que culminó con el desalojo de los invasores el 29 de abril de 1994 (folio 158).

Claro entonces aparece una tradición de respeto a la legalidad por parte de Guerra Tulena para el enfrentamiento de las continuas invasiones del predio, incluso para la ocurrida con posterioridad al desalojo que él propiciara el 17 de abril de 1994, situación que permite identificar los vocablos "pelea" y "no respondo" con la iniciación de acciones legales, como efectivamente ocurrió, y no con la intención de causar daño a los invasores.

9.2. Aunque Santos Carrascal y sus compañeros de la comunidad indígena de Cacaotal se esfuerzan por hacer aparecer a Guerra Tulena como sujeto de un comportamiento abusivo, violento y desproporcionado en el desalojo de aquel, lo cierto es que el análisis desapasionado de las pruebas demuestran exactamente lo contrario.

Ab initio debe advertirse la reducida credibilidad que las declaraciones de Santos Carrascal van teniendo, que es inversamente proporcional al número de las diligencias en las que vertió su versión de los hechos.

Es fácilmente observable cómo en la denuncia pública, quienes la suscriben presentan un cuadro de acontecimientos en los que agregan a la presencia de Guerra Tulena la de un grupo de civiles armados, acompañado de los cuales profirió amenazas contra la vida de los firmantes de ese documento, olvidando quienes tal cosa afirman que luego podrían ser llamados a declarar, como efectivamente lo fueron, y entonces reconocieron que ninguno de ellos estuvo en el lugar de los hechos, por lo que tan elemental razón sirve para descartar de plano que Guerra Tulena los haya amenazado de muerte.

Tampoco resultan afortunadas las versiones de Santos Carrascal, pues en la primera que rinde - 28 de abril de 1994 -, muestra al grupo de civiles

armados (escoltas del D.A.S.) al margen del desalojo aunque colaborándole en la recolección de los enseres para sacarlos del predio invadido y a Guerra Tulena simplemente conminándolo con palabras soeces a desalojar el predio.

No obstante lo anterior, en la segunda de sus versiones, la del 2 de mayo de 1994, ya señala a Guerra profiriendo amenazas contra todos los ocupantes de la finca y a quienes en su primera declaración eran simples civiles armados que le colaboraron, ahora los troca en "compinches" del Senador que recibieron la orden de "cargar" a Santos, su mujer y sus hijos en un tractor y dejarlos en la carretera.

En la diligencia del 4 de octubre de 1994, ya Guerra Tulena no sólo amenazó verbalmente, sino que ahora lo hizo portando un revólver y los civiles armados, ya no fueron testigos pasivos del desalojo, sino que 4 de ellos lo conminaron a identificarse y finalmente en la del 5 de junio de 1995, insiste en que Guerra portaba un revólver, en que fue identificado por algunos de los civiles armados, pero vuelve a reconocer que le ayudaron a recoger sus enseres.

Manifestándose entonces poco veraces las versiones de Carrascal, debe acudirse a las de otros testigos de los hechos para la reconstrucción de la versión histórica, encontrándose las declaraciones de los tractoristas Sirfelipe de la Ossa Díaz y José del Carmen Quiroz Ramírez que niegan haber visto a Guerra Tulena en posesión de algún arma o profiriendo amenazas contra ellos o contra el señor Santos Carrascal.

En similar sentido declararon los agentes del D.A.S., Hernando Holguín Pérez y Jorge Camargo, quienes señalan que el comportamiento de Guerra Tulena se limitó a solicitarle a los invasores, Santos y su familia, que desalojaran el predio, cosa que ellos hicieron voluntariamente.

Tratándose de personas ajenas al conflicto por la tenencia de la tierra que evidentemente enfrenta a Guerra Tulena con Santos Carrascal, las declaraciones de Ossa, Quiroz, Holguín y Camargo son dignas de credibilidad plena para concluir que lo único que hizo el Senador indagado fue desalojar al invasor del predio "San Francisco" mediante un método pacífico que consistió en conminarlo a salirse del predio, para lo cual le permitió recoger sus enseres y ponerlos a buen recaudo.

El punto de la recolección de los enseres por parte de Santos Carrascal, que tanto él, como su compañera permanente Yolanda Isabel Herrera, reconocen, otorgando así mayor credibilidad al dicho de los testigos citados, es un elemento de indudable valía para descartar alguna intención abusiva por parte de Guerra Tulena, pues aunque estaba desalojando a quienes habían invadido el predio, su actuación no muestra propósito diferente que el de repeler al invasor, haciéndolo salir de su predio, para restituir así la plenitud de los derechos que la ley civil le reconoce de uso,

goce y disposición de la cosa de la que se reputa dueño o poseedor, pero sin abusar de tal condición para causar alguna aflicción especial o daño al desalojado.

Es esta entonces una actuación que se inscribe dentro del más primigenio derecho de cualquier ser humano, el de repeler por propia mano el ataque actual de que está siendo objeto su integridad personal o sus bienes, haciéndolo además dentro de límites de proporcionalidad al ataque y de racionalidad que tanto la naturaleza del bien que se defiende - una finca - como la del medio de ataque que se utiliza, una invasión familiar, imponían para obtener el restablecimiento del derecho que había sido perturbado por la actuación del agente invasor.

Ni siquiera resulta necesario para reconocer la legalidad absoluta de la conducta de Guerra Tulena echar mano de las causales de justificación de la misma y específicamente de la legítima defensa que si bien se reconoce para defender un derecho propio o ajeno de una agresión actual o inminente, no tiene cabida en este caso, por cuanto tal construcción jurídica tan cara a los más elementales principios del derecho, solo puede predicarse cuando sea menester justificar la violación de un derecho ajeno, bajo el entendido que su afectación era necesaria e ineludible para la defensa del propio, obvio con todas las adiciones teóricas de proporcionalidad, actualidad, inminencia, injusticia, etcétera.

Si lo que Guerra Tulena hizo fue simplemente desalojar de su predio a Santos Carrascal, ningún derecho de éste violó, por cuanto éste ningún derecho había construido habida cuenta de la rapidez con la que se reaccionó ante la invasión, de donde se deduce que si no hay ningún derecho en cabeza del repelido, resulta entonces improcedente su afectación y por tanto nada hay para justificar.

10. Así como se ha reconocido que los testigos coinciden en los pormenores del procedimiento de desalojo de la familia Santos Carrascal, esos mismo testigos son igualmente contestes en señalar el incendio del rancho que ocupaban los desalojados, aunque divergen en cuanto a la autoría material del hecho, pues mientras unos simplemente la desconocen, otros la radican en cabeza de Guerra Tulena ya sea por mano propia, ora ordenándole a un trabajador que lo hiciera.

Cualesquiera haya sido el autor de la destrucción por fuego de la construcción, el hecho no puede descontextualizarse del desalojo propiamente dicho, para tratar de hacer de él un acontecimiento independiente de aquel y así poderlo calificar como jurídicamente relevante para el derecho penal.

En primer lugar debe anotarse que lo destruido era una semiconstrucción rústica, descrita por el señor Ossa Díaz como "una simple choza de 6 metros de largo por 4 de ancho, a la intemperie, sin cerca de ninguna clase, compuesta por cuatro horcones y el techo; por cama

tenía una troja de palo y como enseres únicamente una olla para cocinar", descripción que coincide con el testimonio fotográfico del folio 49 del cuaderno de la Fiscalía de Chinú en la que se aprecian 4 maderos quemados, que debieron ser los que sostuvieron el techo de palma de la misma.

La naturaleza rústica de la construcción es destacable, no para señalar peyorativamente que tal condición autorizaba su destrucción, sino para significar que la mano de obra empleada en levantarla es en términos de hora - hombre, mínima, pues significa solo apuntalar los horcones en el piso y techarlo con hojas de palma, materiales que, según el administrador de la finca invadida, se toman de la misma finca o de las vecinas (folio 255, cuaderno original).

Significado que el tiempo que lleva levantar una construcción de ese tipo es mínimo y que se hace con materiales que se obtienen silvestres; su presencia en el terreno invadido no podía ser entendida por el Senador Guerra Tulena al repeler el ataque contra el predio "San Francisco" sino como un elemento a través del cual el invasor pretendía ejercer actos de señor y dueño sobre el bien perturbado, pues el levantamiento de construcciones dentro de un inmueble no puede entenderse de otra manera que como el ejercicio del goce y disposición de la cosa de la que se es propietario o poseedor, títulos de los cuales Santos Carrascal carecía para la época respecto de la finca "San Francisco".

Entendida por el indagado de tal manera la presencia de esa construcción en el terreno, su destrucción resulta igualmente atípica, pues corresponde simple y llanamente al derecho que la ley civil otorga al propietario o poseedor de la cosa para "disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o derecho ajeno" excepciones estas que no pueden predicarse en este caso, pues no es contra la ley repeler en las precisas circunstancias que aquí lo hizo el Senador Guerra Tulena a los invasores del predio y no puede alegar ningún derecho sobre tal construcción el señor Santos Carrascal, primero porque su invasión siempre ha tenido el vicioso origen de saber y reconocer que la propiedad del predio está en cabeza de la familia Guerra Soto y en consecuencia de ello al levantar la enramada, lo hizo con pleno conocimiento de hacerlo en terreno ajeno y con materiales silvestres tomados del mismo predio.

Importante vuelve a resultar aquí el comportamiento de Guerra Tulena de permitir la recolección de los enseres que Santos Carrascal y su familia tenían dentro de la construcción incendiada, y facilitar su transporte hasta terrenos afuera de los linderos de la finca invadida, lo cual significa un claro respeto por aquellos bienes del invasor sobre los que éste sí tenía un claro derecho - sus enseres -.

Adicional a lo expuesto, debe recordarse lo ya señalado por la Sala al momento de la definición de la situación jurídica en cuanto a la antijuridicidad del comportamiento del incendio pues "(...) adviértese que

el tipo de incendio no se adecua a este hecho por la potísima razón de que el fuego creado para destruir aquella 'choza' en las circunstancias anotadas nunca implicó peligro común y que hay principio de prueba de que los materiales de la rústica construcción fueron tomados del mismo predio".

11. De todo lo expuesto se evidencia que no están reunidos los requisitos que el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal considera sustanciales para proferir resolución de acusación, por lo que la única manera de calificar esta investigación es con la preclusión de la misma a la que fue vinculado el Senador Julio César Guerra Tulena mediante indagatoria.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

1°. Precluir en beneficio del Senador de la República Julio César Guerra Tulena, la investigación a la que fue vinculado mediante indagatoria por los hechos consignados en el acápite correspondiente de esta decisión.

2°. En firme esta decisión archívense las diligencias.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

REDENCION DE PENA/ BENEFICIO ADMINISTRATIVO

La Sala ha sostenido en forma reiterada que el estudio de la redención de pena (artículos 530 y ss. del Código de Procedimiento Penal) y la concesión de los beneficios administrativos de que trata la Ley 65 de 1993 y demás disposiciones complementarias, no le corresponde a esta Corporación, no sólo por no ser de su competencia, sino por no encontrarse aún ejecutoriada la sentencia.

Las únicas excepciones al reconocimiento de redención de pena en sede del recurso extraordinario, son las contempladas expresamente por los artículos 5° del Decreto 1542 de 1997, y 415.2° del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 55 de la Ley 81 de 1993); esto es, para efectos del permiso de setenta y dos (72) horas contemplado en el artículo 147 de la Ley 65 de 1993 -siendo claro que la concesión o negación de este beneficio administrativo corresponde a los directores de los centros de reclusión-; y para acreditar la parte cumplida de la pena, con miras a obtener la libertad provisional solicitada con fundamento en el artículo 415.2° del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia,, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*

Proceso No. 14811

Aprobado acta No. 145

1. Asunto

Resolver la solicitud de reconocimiento de redención de pena por actividades literarias elevada por el interno Bismarck Hernández Rodríguez, quien se encuentra recluido en la Cárcel del Circuito Judicial de Neiva (Huila).

2. Consideraciones de la Corte

Bismarck Hernández Rodríguez fue condenado en segunda instancia por el Tribunal Nacional, el 17 de febrero de esta anualidad, a la pena

principal privativa de la libertad de nueve (9) años de prisión, como autor de una de las conductas descritas en el artículo 33 de la ley 30 de 1986 (fl. 9 y ss. c. del Tribunal).

Contra el fallo anterior la defensa interpuso el recurso extraordinario de casación, cuyo trámite se surte actualmente.

En escrito que antecede, el defensor del prenombrado solicita en forma genérica la redención de pena "por expresión literaria -edición y publicación del libro GRITOS DE NOSTALGIA"-, allegando al efecto la evaluación y calificación de las actividades realizadas, con un ejemplar de la mencionada obra.

La Sala ha sostenido en forma reiterada que el estudio de la redención de pena (artículos 530 y ss. del Código de Procedimiento Penal) y la concesión de los beneficios administrativos de que trata la ley 65 de 1993 y demás disposiciones complementarias, no le corresponde a esta Corporación, no sólo por no ser de su competencia, sino por no encontrarse aún ejecutoriada la sentencia.

Las únicas excepciones al reconocimiento de redención de pena en sede del recurso extraordinario, son las contempladas expresamente por los artículos 5° del Decreto 1542 de 1997, y 415.2° del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 55 de la Ley 81 de 1993); esto es, para efectos del permiso de setenta y dos (72) horas contemplado en el artículo 147 de la ley 65 de 1993 -siendo claro que la concesión o negación de este beneficio administrativo corresponde a los directores de los centros de reclusión-; y para acreditar la parte cumplida de la pena, con miras a obtener la libertad provisional solicitada con fundamento en el artículo 415.2° del Código de Procedimiento Penal.

Ninguna de las hipótesis anteriores concurre para el presente caso, toda vez que en la solicitud no se indica que se esté tramitando el permiso administrativo de 72 horas, ni se depreca la libertad provisional.

Así las cosas, como la competencia de la Corte en sede de casación aparece limitada a las eventualidades referidas, y al trámite de los incidentes propios del recurso extraordinario, la Sala se abstendrá de considerar la solicitud de reconocimiento de redención de pena hecha por el procesado Bismarck Hernández Rodríguez.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

ABSTENERSE de considerar la solicitud de redención de pena elevada por el procesado Bismarck Hernández Rodríguez.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, No firmó; *Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

FRAUDE PROCESAL/ PENA

Recordó esta corporación en sentencia de fecha abril 15 de 1993, casación N° 7292, M. P. doctor Edgar Saavedra Rojas, cómo desde el punto de vista jurisprudencial "el análisis del problema ha sido pacífico y se ha reconocido ya en varias decisiones uniformes que es perfectamente posible el concurso del fraude procesal con la estafa", apoyándose en seguida, para cabal ilustración, en providencias de fecha febrero 14 de 1984, M. P. Luis Enrique Aldana Rozo; noviembre 12/86, M. P. Jorge Carreño Luengas; agosto 15 de 1989, M. P. Gustavo Gómez Velásquez, de donde se toma el extracto que a continuación se transcribe, y julio 17 de 1990, M. P. Guillermo Duque Ruiz, a las cuales cabe agregar lo determinado el 1° de septiembre de 1987, M. P. Rodolfo Mantilla Jácome, reiteración muy directamente aplicable al caso ahora bajo estudio:

"Pero la norma tipificadora del fraude procesal no recoge en su integridad el poder lesivo de la agresión al patrimonio ni el grado de culpabilidad atribuible al agente, cuando éste avanza en el recorrido criminoso y no contento con la obtención de sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, los utiliza con el fin de lograr provecho ilícito para sí o para un tercero con perjuicio ajeno. Los dos aspectos del hecho general son identificables y autónomos, apreciados naturalísticamente, y no envuelven unidad delictual porque los elementos tipificadores del fraude procesal, artículo 182 Código Penal, no incluyen todos los de la estafa, artículo 356 Ibidem, *imposibilitando el prohibido juicio de reproche sobre un mismo supuesto y desde similar punto de vista."*

Es preciso recordar que la dosificación judicial de la pena es una operación de discrecionalidad reglada que se ha confiado al juez, a través del establecimiento de mínimos y máximos, con los incrementos y las disminuciones procedentes, que se determinará en forma motivada ante la presencia de factores objetivos que así lo indiquen.

Corte Suprema de Justicia,, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D. C., septiembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

No. Proceso 10389

Aprobado Acta N° 143 (Sep. 23/98).

ASUNTO

Se pronuncia la Corte sobre el recurso de casación interpuesto contra el fallo de fecha 18 de octubre de 1994, por medio del cual el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá confirmó el anticipado el 3 de agosto de dicho año por el Juzgado 53 Penal del Circuito de esta misma ciudad, que condenó a Antonio José Esquivel por los delitos de falsedad material de particular en documento público, fraude procesal, estafa y tentativa de estafa, en concurso material, sucesivo, homogéneo y heterogéneo, a las penas de 100 meses de prisión y de interdicción de derechos y funciones públicas y multa de $333.333, al igual que a la indemnización de los perjuicios causados.

HECHOS

Durante 1991 y 1992, un grupo de personas del cual formó parte Antonio José Esquivel, falsificó sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, constancias sobre notificación y ejecutoria y varios poderes, documentos que en grupo de 10 presentó para su cobro a la Tesorería del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, identificándose con cédula de ciudadanía número 17.243.118 de Bogotá y Tarjeta Profesional de Abogado 31.005, ambas a nombre de "Manuel Humberto Hurtado Jaramillo", igualmente falsas.

Con base en los citados documentos apócrifos, que conformaron 10 expedientes, obtuvo la expedición de la correspondiente resolución ordenando el cumplimiento de lo supuestamente decidido por la jurisdicción administrativa y presentó cuentas de cobro, logrando defraudar al erario público en 7 asuntos que ascendieron a $431.259.640, suma que consignó en cuentas de ahorro abiertas en dos entidades bancarias al mismo nombre antes referido; no alcanzó a cobrar las 3 cuentas restantes, que sumaban $118.672.000 al ser detectadas las infracciones.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con apoyo en investigación adelantada por la Procuraduría Delegada para Asuntos Presupuestales, la Fiscalía 258 de la Unidad de Investigaciones Especiales inició proceso (diciembre 23/92, f. 86 cd. 4); librada orden de captura y fijado luego edicto emplazatorio, en resolución de marzo 19 de 1993 se declaró procesado ausente a Antonio José Esquivel (fs. 98 y 99 cd. 6), contra quien el 25 de los mismos se profirió medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación, por

los delitos de falsedad en documento público y estafa, en concurso (fs. 108 a 111 *ib.*), lográndose más tarde la aprehensión.

La investigación fue calificada el 2 de septiembre de 1993, con resolución de acusación contra Antonio José Esquivel, Hugo Quintero Sánchez y Jaime Bonilla Esquivel, por el delito de estafa en perjuicio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, separando investigación sobre la conducta de otras personas (fs. 317 a 338 *ib.*), providencia que al resolver apelación interpuesta por la representante del Ministerio Público y la defensora de Bonilla Esquivel, la Unidad de Fiscalía Delegada ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, el 11 de octubre siguiente, adicionó para que los implicados, como coautores, respondieran también por los delitos de falsedad material de particular en documento público y fraude procesal (fs. 166 a 197 cd. segunda instancia Fiscalía).

Tras variadas incidencias en el juicio, el 7 de julio de 1994 manifestó Antonio José Esquivel que se acogía a sentencia anticipada (f. 604 cd. 6). Según consta en el acta respectiva, de fecha 19 de los mismos mes y año, ante el Juez 53 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, los respectivos Fiscal y agente del Ministerio Público y su defensor, Esquivel aceptó "responsabilidad por todos los cargos" contenidos en la resolución de acusación y entregó varias acciones de "Multiclubles de Colombia", manifestando que "fueron adquiridas con la totalidad del dinero que me correspondió por la participación en el delito" (fs. 624 y 625 *ib.*).

Proferida la sentencia a que inicialmente se hizo mención (fs. 652 a 672 *ib.*), fue apelada por la defensa, inconforme con la cuantificación punitiva y por no haberse otorgado rebaja de pena por la confesión derivada de aceptar los cargos en la forma referida; el Tribunal Superior de esta ciudad la confirmó íntegramente, mediante fallo de la fecha ya indicada que es objeto del recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

El defensor de Antonio José Esquivel, amparándose en la causal primera de casación, presenta un único cargo contra la sentencia, "por violación directa de normas de derecho sustancial", formulando tres reparos que pueden sintetizarse así:

Primero, "aplicación indebida del art. 182 del Código Penal", porque el delito de fraude procesal no puede considerarse "delito autónomo", si se tiene en cuenta que en este caso, "al obtenerse fraudulentamente la entrega de dineros del Estado por parte de sus funcionarios, mediante la simulación del proceso administrativo como parte del montaje de la Estafa, necesariamente el Juez y el Tribunal tenían que percatarse de que la conducta citada está contemplada también en otra disposición, a saber el art. 182 del C.P., es decir, se toparon con el concurso aparente de delitos. Pues, el supuesto atentado al bien jurídico Administración de Justicia al desarrollarse el verbo rector INDUZCA del art. 182 se encuentra ya previs-

to como elemento de la Estafa y del numeral 2° del art. 372 C.P., ya que no otra cosa puede significar que se lesionen los bienes del Estado mediante Estafa sin ofender necesariamente la funcionalidad del mismo Estado" (sic, f. 91 cd. Trib.).

Segundo, "La agravante punitiva contemplada en el numeral 4° del Art. 66 del C.P. no tiene existencia jurídica". Para tratar de demostrar este reparo sostiene que "los ardides, engaños, mentiras, simulaciones, (documentos falsos, apariencia de solvencia profesional, etc.), fueron deducidos previa e indispensablemente en los elementos tipificadores del punible de Estafa (engaño, error, perjuicio) a fin de determinar la Responsabilidad Penal, por lo que un segundo análisis de esas circunstancias o factores típicos llevado al numeral 4° del Art. 66 del C.P., no es viable, a menos, repito, que se desconozca la prohibición *bis in idem*" (sic, f. 93 ib.).

El tercer reparo lo anuncia "Art. 61 del Código Penal: Se resiente por lo exagerado de la pena". Al respecto considera que las circunstancias de agravación previstas en el artículo 372 del Código Penal, no pueden "ser motivo de nuevo análisis -y menos para incrementar la pena básica- en el terreno de los 'criterios para fijar la pena' previstos en el Art. 61 del C.P., so pena de calificarse ese nuevo estudio como violatorio del principio *non bis in idem*" (f. 94 *ib.*).

Solicita se case la sentencia impugnada "y en su lugar se profiera el fallo que corresponda de acuerdo a una correcta y justa dosificación de la pena que le corresponda a Antonio José Esquivel" (f. 95 *ib.*).

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal opina que los reproches propuestos en la demanda deben rechazarse, por lo cual pide a la Corte no casar la sentencia recurrida.

Indica que la estafa agravada, el fraude procesal y la falsedad documental imputados al procesado son conductas punibles que tienen entidad propia, en tanto cada una es diferente en su configuración y en los bienes jurídicos que protegen. Opera el fenómeno jurídico del concurso de hechos punibles a que se refiere el artículo 26 del Código Penal, si se mira que "con varias acciones infringieron los tipos penales antes referenciados, en los cuales el delito fin fue la Estafa y los delitos medio la Falsedad Documental y el Fraude Procesal. Ciertamente son fenómenos plenamente escindibles en el tiempo y en el espacio y donde, se repite, autónomamente se lesiona un interés jurídico tutelado" (f. 59 cd. Corte).

En lo que tiene que ver con la violación directa del numeral 4° del artículo 66 del Código Penal, tras precisar la agravación genérica de la preparación ponderada del hecho punible y citar apartes de un pronun-

ciamiento de la Corte sobre el tema, señala que no se puede confundir, como lo hace el demandante, la referida circunstancia con los "ardides, engaños, mentiras, simulaciones, apariencia de solvencia profesional ..., error, perjuicio ..., aspectos estos últimos que sí son elementos estructurales de los punibles de Estafa, Fraude Procesal y Falsedad Documental por los cuales fue condenado el acusado Antonio José Esquivel" (f. 62 cd. Corte).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Dentro del único cargo de "violación directa de normas de derecho sustancial", que acogiéndose a la causal primera de casación formula el defensor de Antonio José Esquivel, vienen incluidos los tres reparos a que anteriormente se hizo referencia, a los cuales se responde de la siguiente manera:

1°. Que el fraude procesal deducido contra el acusado no pueda considerarse "delito autónomo", sino "como parte del montaje de la estafa", en cuanto, como al parecer se colige de lo expuesto por el censor, el acto de la inducción se encontrase "ya previsto como elemento de la estafa", es aspecto dilucidado por la doctrina y la jurisprudencia en sentido contrario a lo que aduce el casacionista.

Por ejemplo, recordó esta corporación en sentencia de fecha abril 15 de 1993, casación N° 7292, M. P. doctor Edgar Saavedra Rojas, cómo desde el punto de vista jurisprudencial "el análisis del problema ha sido pacífico y se ha reconocido ya en varias decisiones uniformes que es perfectamente posible el concurso del fraude procesal con la estafa", apoyándose en seguida, para cabal ilustración, en providencias de fecha febrero 14 de 1984, M. P. Luis Enrique Aldana Rozo; noviembre 12/86, M. P. Jorge Carreño Luengas; agosto 15 de 1989, M. P. Gustavo Gómez Velásquez, de donde se toma el extracto que a continuación se transcribe, y julio 17 de 1990, M. P. Guillermo Duque Ruiz, a las cuales cabe agregar lo determinado el 1° de septiembre de 1987, M. P. Rodolfo Mantilla Jácome, reiteración muy directamente aplicable al caso ahora bajo estudio:

"Pero la norma tipificadora del fraude procesal no recoge en su integridad el poder lesivo de la agresión al patrimonio ni el grado de culpabilidad atribuible al agente, cuando éste avanza en el recorrido criminoso y no contento con la obtención de sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, los utiliza con el fin de lograr provecho ilícito para sí o para un tercero con perjuicio ajeno. Los dos aspectos del hecho general son identificables y autónomos, apreciados naturalísticamente, y no envuelven unidad delictual porque los elementos tipificadores del fraude procesal, artículo 182 Código Penal, no incluyen todos los de la estafa, artículo 356 ibidem, *imposibilitando el prohibido juicio de reproche sobre un mismo supuesto y desde similar punto de vista."*

Es de ver que la responsabilidad libremente aceptada por Esquivel refiere pluralidad de actos diferenciados en el tiempo y en el espacio, que vienen desde la creación fraudulenta de copias de supuestos fallos de la jurisdicción contenciosa administrativa, que al igual que la cédula y la tarjeta profesional espurias ofenden la fe pública; además, se logró que funcionarios de la administración así engañados produjeran resoluciones de pago, siendo claro que se incurrió en fraude procesal, y luego en las defraudaciones contra el patrimonio del Estado, en tanto a otros servidores públicos se indujo en error para que libraran las erogaciones falazmente pretendidas, obteniendo provecho patrimonial injusto.

En este caso, como ya se vió, el procesado Antonio José Esquivel aceptó voluntariamente en el juicio, en presencia de su defensor y del representante del Ministerio Público, su responsabilidad penal respecto de todos los cargos formulados en la resolución de acusación que, con la modificación introducida por el Fiscal Delegado ante los Tribunales Superiores de Santafé de Bogotá y Cundinamarca, al compartir la sustentación efectuada por la representante del Ministerio Público, incluían no solamente las infracciones contra el patrimonio económico sino también los delitos de falsedad material de particular en documento público y fraude procesal, en concurso material, sucesivo, homogéneo y heterogéneo, indiscutiblemente configurado para todos y cada uno de los punibles imputados.

Con todo, las anteriores consideraciones vienen a quedar de más si se toma en cuenta que este tema del concurso entre el fraude procesal y la estafa no fue objeto de la impugnación contra la sentencia de primera instancia, de manera que mal puede pretender un pronunciamiento sobre el mismo en casación, pues viene a carecer de interés jurídico.

2°. Los otros dos ensayos del impugnante por aliviar, sin demostración ni fundamento, la situación de su acudido, pueden tratarse conjuntamente. Así, en relación con el reproche de violación directa en la fijación de la pena, frente a lo dispuesto por los artículos 61 y 66-4 del Código Penal, la demanda no ofrece una demostración clara y precisa de error alguno, que trascienda para remover el fallo que arriba amparado con las presunciones de legalidad y acierto.

En esta materia es preciso recordar que la dosificación judicial de la pena es una operación de discrecionalidad reglada que se ha confiado al juez, a través del establecimiento de mínimos y máximos, con los incrementos y las disminuciones procedentes, que se determinará en forma motivada ante la presencia de factores objetivos que así lo indiquen.

Resulta entonces indispensable que el casacionista demuestre, con la debida formulación del cargo, que el fallador quebrantó la legalidad de la pena, bien porque se salió de los marcos punitivos que fija la ley, ora porque se inventó una causal de agravación o desconoció motivos de ate-

nuación, o aumentó la sanción sin ningún respaldo, nada de lo cual se aprecia en este asunto.

El recurrente dice simplemente que no está de acuerdo con la fijación de la pena, que considera exagerada; es su parecer que elementos que integran el tipo penal de la estafa fueron utilizados también para efectuar incrementos punitivos, a través de circunstancias de agravación, violándose el principio *non bis in idem*. Este planteamiento se desvanece al observar los fallos de instancia, que coinciden en unidad inescindible, donde se tomó el delito de estafa como el más grave, en caudales de tal naturaleza y cuantía y frente a factores reales relativos a la gravedad y modalidades de los actos realizados y la ostensible preparación ponderada (art. 66-4 C. P.), que en este caso fue maquinada refinadamente, con gran esmero y astucia, por lo cual mal puede equipararse tal solercia con el ardid propio de cualquier defraudación común.

Se asumió también la atenuación surgida de la presunción de buena conducta anterior y el parcial resarcimiento voluntario del daño (art. 64-1-7 *ib.*), concluyéndose en 80 meses para el delito base, estimación que también pudo sustentarse en la pluralidad de partícipes (art. 66-7 *ib.*) y subió 40 meses por razón de la múltiple falsedad y el fraude procesal, sin yerro alguno sobre los parámetros establecidos por la ley, para luego descender apropiadamente a 100 meses por la sexta parte entonces concedida por la sentencia anticipada en el juicio.

De tal manera, al carecer de interés jurídico para recurrir en casación, en el primer enfoque, y no ofrecer en ninguno de los tres razón para remover la determinación judicial, la censura carece de prosperidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Fernando E. Arboleda Ripoll Ricardo Calvete Rangel, no firmó; *Carlos Augusto Cálvez Argote Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos Eduardo Mejía Escobar,* No firmó; *Dídimo Páez Velandia, Nilson E. Pinilla Pinilla*

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria

REDENCION DE PENA-Actividades literarias

De conformidad con el artículo 2° de la Resolución No. 3272 de 1995, modificada por la 6541 del mismo año, las actividades válidas para redimir pena por trabajo son la industrial, agrícola, pecuaria, artesanal, de mantenimiento, de servicios y de labores públicas, no correspondiendo ninguna de ellas a la actividad jurídica en el sentido que la desarrolla el peticionario de suministrar asesorías en ese campo a los reclusos, ni pudiendo entenderse tampoco como incluida en la labor pública toda vez que por definición normativa ésta "corresponde a la realización de trabajos de construcción de obras públicas".

Corte Suprema de Justicia,, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 14117

Aprobado: Acta No. 146.

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de reposición interpuesto por el procesado Joel Antonio Adarve Manrique en contra de la providencia del pasado siete de septiembre del año en curso por medio de la cual se le decidió desfavorablemente una petición de libertad.

ANTECEDENTES

1. El procesado Joel Antonio Adarve Manrique, quien se encuentra privado de libertad desde septiembre 6 de 1996 y condenado a la pena principal de cuatro años de prisión por infracción al artículo 33 de la Ley 30 de 1986 dentro de proceso que ahora se encuentra en la Corte por efectos del recurso extraordinario de casación solicitó se le concediera la libertad en razón a que había descontado las dos terceras partes de la pena que se le impuso en las instancias, petición la cual fue resuelta adversamente por la Sala en auto de septiembre 7 del año en curso al

considerar que tan sólo se reunían los presupuestos relativos al monto de pena impuesta y a la buena conducta en reclusión, sin suceder lo mismo con las demás exigencias habida cuenta que no se allegó la cartilla biográfica, tampoco el concepto favorable del Consejo de Disciplina, ni se acreditó debidamente el descuento de pena a que tendría derecho por trabajo o estudio dentro del establecimiento carcelario dado que los certificados adjuntados no especificaban la labor desarrollada, ni acreditaban la excepción prevista en el artículo 100 de la Ley 65 de 1993.

2. No obstante aceptar que la providencia en mención fue acertada el procesado ha interpuesto contra ella el recurso de reposición, adjuntando para el efecto la cartilla biográfica, certificado expedido por la Cárcel de Aranzazu en que se acreditan 1.176 horas de trabajo en servicios acompañado de la autorización requerida por el artículo 100 de la Ley 65 de 1993, resolución del Consejo de Disciplina en que se califica su conducta de ejemplar y constancias expedidas por la Dirección de la Cárcel de Salamina en relación con que la actividad desarrollada por el interno corresponde a labores en el comité jurídico cuya función es la de "defender los derechos fundamentales que tienen los internos y prestarles la colaboración que requieran".

CONSIDERACIONES

1. Como quiera que el impugnante en nada controvierte los fundamentos de la providencia recurrida y, por el contrario, se manifiesta de acuerdo con ella adjuntando además documentación consonante con las argumentaciones que motivaron la negativa a excarcelarlo, la Sala la mantendrá incólume, pues tampoco puede pretenderse utilizar la reposición como medio para subsanar las omisiones en que incurran los sujetos procesales al efectuar sus peticiones.

2. Sin embargo, como han sido aportados nuevos elementos de juicio debe examinar la Corte si con ellos es viable la concesión de la libertad solicitada.

En efecto, si bien el procesado adjuntó en esta oportunidad copia de su cartilla biográfica y acta del Consejo de Disciplina que califica su conducta de ejemplar con el fin de reunir algunos de los requerimientos señalados por el artículo 515 del Código de Procedimiento Penal, encuéntrase que ni siquiera se ha acreditado el descuento punitivo que en proporción de las dos terceras partes de la condena impuesta exige el artículo 72 del Código Penal.

A la fecha el procesado ha descontado físicamente en detención un tiempo de 24 meses y 24 días al cual debe sumarse el redimido por trabajo según certificado No. 011 expedido por la Cárcel Municipal de Aranzazu, ahora sí con las condiciones exigidas por la Ley 65 de 1993 y que siendo

equivalente a una rebaja de dos meses y 13 días permite totalizar un descuento de 27 meses y 7 días que evidentemente, no alcanzando a constituir aquella proporción de las dos terceras partes, obliga a denegar nuevamente el beneficio solicitado.

3. El certificado de trabajo No. 034 emanado de la Cárcel de Salamina al que se acompaña en esta oportunidad constancia del mismo establecimiento acerca de que la labor allí referida la desarrolló el procesado como miembro del comité jurídico no es posible ser tenido en cuenta habida consideración que no reúne las exigencias legales para tal efecto.

En primer lugar, de conformidad con el artículo 2° de la Resolución No. 3272 de 1995, modificada por la 6.541 del mismo año, las actividades válidas para redimir pena por trabajo son la industrial, agrícola, pecuaria, artesanal, de mantenimiento, de servicios y de labores públicas, no correspondiendo ninguna de ellas a la actividad jurídica en el sentido que la desarrolla el peticionario de suministrar asesorías en ese campo a los reclusos, ni pudiendo entenderse tampoco como incluida en la labor pública toda vez que por definición normativa ésta "corresponde a la realización de trabajos de construcción de obras públicas".

En segundo término, aún aceptando que el trabajo acreditado en el certificado en cuestión fue desarrollado en un comité, tiénese que el artículo 83 del Acuerdo 11 de 1995 dispone que éstos "sólo podrán funcionar en las siguientes áreas:

1. Comité de trabajo, estudio y enseñanza.

2. Comité de derechos humanos.

3. Comité de deportes, recreación y cultura.

4. Comité de salud.

5. Comité de asistencia espiritual", haciéndose por tanto evidente que en lo jurídico la norma no autoriza el funcionamiento de uno de ellos.

Además, el establecimiento carcelario certificó que el procesado perteneció al comité jurídico desde diciembre de 1996 hasta abril de 1998 pero omitió con ello la clara disposición del artículo 85 del precitado Acuerdo en el sentido de que la duración de los internos como miembros "en cada comité será de seis (6) meses sin posibilidad de reelección", de modo que mal procedería la Sala en reconocer como rebaja de pena el tiempo que se acredita en dicho certificado cuando para eso la ley exige además del referido condicionamiento, ausente en este asunto, los previstos en el parágrafo del artículo 12 de la citada Resolución No. 3272.

Finalmente, el artículo 99 de la Ley 65 de 1993 y el ya mencionado parágrafo establecen que las actividades realizadas en comités de internos se asimilaran, para efectos de redención de pena, a estudio, señalan-

do a su vez el artículo 13 de la Resolución 3272, modificado por la 6.541 de 1995, que "no se programarán más de treinta y seis horas semanales de estudio para cada interno ni más de mil ochocientas setenta y dos horas al año...", todo lo cual evidentemente impide tener en cuenta ese certificado de 3.208 horas referidas a trabajo en un comité cuya existencia no se encuentra autorizada por norma alguna.

En mérito de lo expuesto, La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. NO REPONER su decisión de septiembre siete del presente año.

2. NO CONCEDER LA LIBERTAD PROVISIONAL al procesado JOEL ANTONIO ADARVE MANRIQUE.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, no firmó; Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, no firmó.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

LIBERTAD PROVISIONAL/ HOMICIDIO SIMPLE

Como el procesado fue condenado por el delito de homicidio simple, el régimen aplicable para efectos de su liberación provisional es el establecido en la Ley 415 de 1997, cuyo artículo 1° adicionó un artículo 72A al Código Penal. Y si bien en esta norma no se establece que para efectos de computar las tres quintas (3/5) partes de la pena, podrá considerarse el tiempo de redención por trabajo, estudio o enseñanza, ello resulta procedente por cuanto el artículo 415.2 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993) al prever la libertad provisional para "el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional", establece que "La rebaja por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción", disposición ésta inmodificada por la referida Ley 415.

Corte Suprema de Justicia,, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll Ricardo*

Proceso No. 13577

Aprobado acta No. 146

1. Asunto

Resolver la solicitud de libertad provisional elevada por el interno Guillermo Leoncio Esponda Torres, quien se encuentra recluido en la Cárcel Nacional del Circuito Judicial de Espinal (Tolima) y aportó los certificados de trabajo, y calificaciones de conducta, documentación a la cual se adjuntó, posteriormente y a iniciativa de la Corte, la evaluación satisfactoria de las labores realizadas.

2. Consideraciones de la Corte

El Tribunal Superior de Ibagué, el 3 de abril de 1997 condenó en segunda instancia a Guillermo Leoncio Esponda Torres a la pena principal de 5 años, 6 meses y 20 días de prisión, como autor del punible de homi-

cidio. En su favor se reconoció la doble atenuante correspondiente al estado de ira y la aceptación de responsabilidad para sentencia anticipada (fls. 3 y ss. cuaderno del Tribunal).

Contra el fallo anterior, el apoderado de la parte civil interpuso el recurso extraordinario de casación, cuyo trámite se surte actualmente.

Como el procesado fue condenado por el delito de homicidio simple, el régimen aplicable para efectos de su liberación provisional es el establecido en la Ley 415 de 1997, cuyo artículo 1° adicionó un artículo 72A al Código Penal. Y si bien en esta norma no se establece que para efectos de computar las tres quintas (3/5) partes de la pena, podrá considerarse el tiempo de redención por trabajo, estudio o enseñanza, ello resulta procedente por cuanto el artículo 415.2 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993) al prever la libertad provisional para "el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional", establece que "La rebaja por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción", disposición ésta inmodificada por la referida Ley 415.

El peticionario fue capturado el día 12 de mayo de 1996 (fl. 2 c.o.), de donde se deduce que a la fecha ha descontado por privación efectiva de libertad, 28 meses y 18 días. Acreditó haber laborado 5.728 horas, las que de conformidad con el artículo 82 de la Ley 65 de 1993 representan una rebaja de pena equivalente a 11 meses y 28 días. Sumados el tiempo de privación de libertad y el de redención de pena por trabajo, se obtiene un total de cuarenta (40) meses y dieciséis (16) días, lapso éste superior a las tres quintas (3/5) partes de la pena impuesta.

A folio 52 del cuaderno de la Corte el Consejo de Disciplina de la Cárcel del Circuito Judicial de Espinal (Tolima) calificó de "ejemplar" la conducta observada por Guillermo Leoncio Esponda Torres, respecto de quien el Centro de Información sobre actividades delictivas de la Fiscalía General de la Nación, y el Departamento Administrativo de Seguridad certifican que no obra orden de captura en su contra (fls. 65 y 67 *ibidem*).

Satisfechos se hallan los presupuestos exigidos por el inciso segundo del artículo 1° de la Ley 415 de 1997, el cual adicionó el artículo 72A del Código Penal, al establecer que "El juez concederá la libertad provisional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la condena, siempre que haya observado buena conducta en el establecimiento carcelario".

En consecuencia, se otorgará a Guillermo Leoncio Esponda Torres la libertad provisional, previa caución prendaria a nombre del Juzgado de instancia en cuantía de cien mil pesos ($100.000, oo), y suscripción de diligencia compromisoria en los términos del artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

Como el procesado se encuentra detenido en la Cárcel del Circuito Judicial de Espinal (Tolima), para la notificación de esta providencia, recepción de la caución, suscripción de la diligencia compromisoria y expedición de la boleta de libertad, se comisionará al JUEZ PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO de esa localidad, a quien se comunicará esta determinación por el medio más eficaz posible.

Previamente a la liberación del procesado, la Secretaría de la Sala establecerá si es requerido por alguna autoridad judicial; en caso afirmativo lo pondrá a su disposición.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. OTORGAR a Guillermo Leoncio Esponda Torres la LIBERTAD PROVISIONAL, previa caución prendaria en cuantía de cien mil pesos ($100.000, oo), y suscripción de diligencia compromisoria en los términos del artículo 419 del Código de Procedimiento Penal.

2. COMISIONAR al Juzgado Primero Penal del Circuito de Espinal (Tolima) para la notificación de esta providencia, recepción de la caución, suscripción de la diligencia compromisoria y expedición de la boleta de libertad. Enviar la respectiva comunicación por el medio más eficaz posible.

3. ESTABLECER por la Secretaría de la Sala, previamente a la liberación del procesado, si éste es requerido por alguna autoridad judicial. En caso afirmativo lo pondrá a su disposición.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, no firmó; Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, No firmó.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

Por encima de los mencionados preceptos fundamentales relacionados con la misión del Estado de "asegurar la justicia", que son los que le dan cimiento y sentido profundo a la garantía de la judicialidad, no puede estar una lectura aislada del artículo 185 de la Constitución, según el cual los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo. La razón es obvia: judicialidad es decisión "justa" ocurrida en un proceso regular.

Es que, aun dentro del contexto mismo de la condición genérica de Congresista, la Constitución dice que "los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común". Y agrega que "el elegido es responsable ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura" (art. 133).

En realidad, la prerrogativa constitucional de la inviolabilidad parlamentaria está prevista para lo que se quiere preservar, esto es, la independencia y autonomía de la función legislativa y de control político, porque esta misma autarquía no es concebible en el ejercicio judicial, dado que la arbitrariedad o el delito apriorísticamente justificado de los jueces significaría la quiebra del Estado de Derecho.

En este orden de ideas se impone la distinción, sobre todo porque la naturaleza misma de las disímiles funciones que cumple el Congreso en cada caso así lo recomienda. En efecto, los órganos jurisdiccionales, tradicionales o especializados, asumen institucionalmente un papel de imparcialidad (por algo a la justicia se la representa con los ojos vendados).

Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Penal*, Santafé de Bogotá, D. C., siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 11911

Aprobado Acta No. 149

VISTOS

En los últimos momentos de la respectiva diligencia de indagatoria, el procesado Agustín Hernando Valencia Mosquera reproduce individualmente una petición de nulidad del proceso, a partir del auto de apertura de instrucción, solicitud que, antes de su vinculación legal, había introducido con apoyo de otros 20 parlamentarios imputados, porque, según su criterio, la Corte carece de competencia para investigar y juzgar a los Congresistas por los votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones, ya que en este sentido ellos son inviolables, al tenor del artículo 185 de la Constitución Política, como quiera que todo lo investigado en este asunto se refiere a votos y opiniones entregados como parlamentarios tanto en la Comisión de Investigación y Acusación como en la Plenaria de la Cámara de Representantes. El memorial también se refiere a ciertas irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y una supuesta violación del derecho de defensa, pero de alguna manera todo se reconduce al punto central de la inviolabilidad parlamentaria (cuaderno 12, fs. 277 a 313°).

El solicitante expone las siguientes premisas:

1. La competencia de los servidores públicos es estrictamente reglada y, de conformidad con el artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, la Corte Suprema de Justicia no está autorizada para revisar las decisiones de la Cámara de Representantes, pues apenas si puede proveer sobre las conductas delictivas individuales de sus miembros. De otra parte, la determinación adoptada por la Cámara no puede dividirse para que la Corte abra un proceso penal a los Congresistas que votaron en favor de la preclusión y, en cambio, se declare inhibida para investigar a quienes lo hicieron en contra, dado que se trata de un cuerpo colegiado democrático cuyas decisiones se adoptan por una mayoría que se construye por acuerdos.

2. El artículo 185 de la Constitución Política, desarrollado por el artículo 265 de la Ley 5ª de 1992 (Reglamento del Congreso), consagra la inviolabilidad como una verdadera prerrogativa para el Congreso, porque su objeto es defender no a los Congresistas individualmente considerados sino la independencia y autonomía del poder legislativo, frente al Ejecutivo y el Judicial. De esta manera, los Congresistas son inviolables por todas las opiniones y votos que emitan, cualquiera sea la naturaleza de la función cumplida (legislativa, control político, jurisdiccional, etc.), porque, si se entiende de otro modo, la conclusión sería que ningún efecto práctico tendría la institución.

3. El proceso que adelanta el Congreso, en relación con los altos funcionarios del Estado, es eminentemente político y no judicial-penal, por-

que, de acuerdo con la Constitución y la ley de reglamento, el último corresponde a la Corte Suprema de Justicia. Ello no puede ser de otra manera, habida cuenta que el Congreso es un órgano político, su origen es político (por voluntad popular), que actúa como un ente político, por medio de acuerdos y conciliaciones hasta conformar una mayoría y que además se pronuncia mediante leyes. Por lo tanto, el proceso adelantado por la Cámara, en relación con el señor Presidente de la República, fue un proceso político y no penal.

4. Para una interpretación del artículo 185 de la Constitución, el solicitante propone la necesidad de no hacer distinciones donde no las hizo el Constituyente, de modo que la inviolabilidad abarca las funciones legislativas, judiciales y de control político que ejerce el Congreso.

5. Aunque el artículo 6° de la Carta Fundamental se refiere a la responsabilidad de los servidores públicos, debe tenerse en cuenta que ella es una norma general que declina frente al precepto especial del artículo 185, éste sí referido específicamente a los Congresistas.

6. El tenor literal del artículo 185 es tan claro que no es viable soslayarlo para consultar un presunto espíritu del mismo.

7. Por último, el peticionario se refiere a la norma de la inviolabilidad parlamentaria en nuestra tradición constitucional, efecto para el cual cita los correspondientes textos de las constituciones en la historia colombiana, y también hace énfasis en el arraigo del privilegio en las Constituciones democráticas de Repúblicas como Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Perú, Venezuela, Alemania, Italia, España y Francia.

Concluye que, por virtud del mandato de inviolabilidad, a los Congresistas no se les puede exigir responsabilidad alguna ante los tribunales jurisdiccionales, porque ellos sólo son responsables ante la respectiva Cámara, de acuerdo con el respectivo reglamento, dado que así se mantiene la integridad, autonomía e independencia de la Rama Legislativa y se preserva la democracia.

Consideraciones de la Sala

Lo primero que debe advertirse es el contrasentido que encierra la petición, cuando señala que la Corte Suprema de Justicia carece de competencia para investigar y juzgar a los Congresistas por razón de la decisión adoptada en favor del Presidente de la República, dado que su voto en ese y otros menesteres sería inviolable, pero, en cambio, sí la tendría para declarar que efectivamente se impone la inviolabilidad y consecuentemente debería decretarse la nulidad. Pero es que si en gracia de discusión se admitiera la concreción de un caso de inviolabilidad, por ser ésta una causa objetiva de exclusión de la punibilidad, obviamente que debe declararse judicialmente y ello sólo podría hacerlo el órgano competente

para investigar y juzgar a los Congresistas, competencia que radica exclusivamente en la Corte (art. 186 Const. Pol.).

I. Contenido de la Función Judicial del Congreso:

De una vez debe advertirse que determinar la función judicial del Congreso, como institución claramente definida en la Constitución Política, comporta un enfoque sistemático de la Carta, pues ésta no es una mera yuxtaposición de normas inconexas o aisladas, sino una verdadera organización y colocación de las mismas en su sede, que es precisamente lo que les da sentido. De nada valdría entonces, frente a una concepción atomista de las normas constitucionales, que dicho texto fundamental estuviera encabezado por un preámbulo con notorio valor normativo; que se distribuyera en Títulos y Capítulos; que en ella pudiera apreciarse una parte dogmática y otra orgánica; que despuntara con dos títulos rectores, uno de ellos contentivo de los *principios fundamentales* y el otro referido a los *Derechos, las garantías y los deberes fundamentales*.

En fin, de qué serviría que la propia Ley Fundamental hiciera énfasis, de entrada, en la importancia de los principios y finalidades que orientan nuestra organización como república unitaria, si después el intérprete pudiera entender aisladamente una norma como la de la inviolabilidad (art. 185), sin sujeción a directrices y valores como los del Estado social de Derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la soberanía popular, *el aseguramiento de la justicia, de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*, entre otros.

En Colombia, por la referida opción constituyente, el enfoque del derecho necesariamente tiene que ser institucional, en sentido de que las normas forman parte de otros escenarios mayores que las comprenden, han de tener coherencia porque están referidas a valores, como propuesta colectiva y no meramente individual, e imperativamente deben vincularse a la solución de conflictos sociales como finalidad práctica del ordenamiento jurídico.

En relación con la estructura del Estado, el artículo 113 de la Constitución prevé que son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Los órganos que integran estas tres ramas y otros que son autónomos e independientes, tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente en la realización de los fines esenciales del Estado (art. 2°).

Así entonces, no obstante que, por misión constitucional, al Congreso de la república le corresponde "reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración" (art. 114), también la misma Carta, en un precepto especial, le fija una colaboración

armónica con la administración de justicia, cual es la de ejercer "determinadas funciones judiciales" (art. 116). Nótese que las funciones judiciales del Congreso no están definidas como un apéndice o agregado a su actividad legislativa o de control político, sino que específicamente están prescritas, de manera separada, dentro de una disposición que se refiere a los órganos autorizados para administrar justicia de manera permanente y también excepcional.

Ello para que se entienda que cuando el Congreso avoque tal función judicial no es para continuar, dentro de ese ámbito sagrado, el discrecional ejercicio legislativo o de control político, sino para que asuma el verdadero papel de imparcialidad que corresponde al juez. Y así, la misma Constitución se encarga de trazarle senderos para el ejercicio de esta delicada función judicial, pautas que son bien diferentes por naturaleza a los que le delinean la actividad legislativa y política.

Pues bien, de conformidad con los artículos 174, 175 y 178-3 de la Carta Fundamental, le corresponde a la Cámara de Representantes acusar ante el Senado al Presidente de la República o quien haga sus veces, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional o del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos, "cuando hubiere causas constitucionales" para hacerlo, por hechos cometidos en el ejercicio de sus funciones, indignidad por mala conducta o delitos comunes.

La naturaleza jurisdiccional de dicha función del Congreso quedó definida como tal en los artículos 178 a 183 de la Ley 270 de 1996 -*Estatutaria de la Administración de Justicia*-, cuya constitucionalidad ha sido garantizada por medio del control previo ejercido por la Corte Constitucional, según lo plasmado en la sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, dictada con ponencia del magistrado *Vladimiro Naranjo Mesa*. También, por ser auténticas actividades de administración de justicia, el Código de Procedimiento Penal (arts. 467 a 499) y el Reglamento del Congreso -Ley 5ª/92, arts. 327 a 366; modificada por la Ley 273 de 1996- se ocupan de un debido proceso para asegurar la jurisdiccionalidad y los demás elementos de garantía que lo integran.

Así por ejemplo, de acuerdo con los artículos 353 de la Ley 5ª de 1992, 467 y 489 del Decreto 2700 de 1991, en las actuaciones de investigación y acusación que adelanta la Cámara de Representantes, en relación con los altos funcionarios del Estado que gozan de fuero constitucional, dicha Corporación ejerce siempre funciones de fiscal. Y el Representante Investigador, en ejercicio de esa especial función referida a delitos comunes, tendrá las mismas atribuciones, facultades y deberes que los agentes de la Fiscalía General de la Nación, según lo dispone el inciso final del artículo 333 de la mencionada ley.

Resulta indiscutible el carácter judicial de la función que cumplen tanto la Cámara como el Senado en la averiguación y juzgamiento de las conductas anómalas realizadas por los altos dignatarios del Estado que tienen fuero constitucional, sobre todo porque la misma Carta Fundamental así lo dispuso. En efecto, en los delitos de responsabilidad, es decir, los que llegaren a cometer dichos servidores en el ejercicio de sus funciones, y en las causas debidas a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; mas al procesado se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo hacen responsable de infracción que merezca otra pena. Este último juicio también se seguirá, previa autorización del Senado, en caso de acusaciones por delitos comunes (arts. 174 y 175 -2 y 3-).

A esa primera actividad enunciada de la Cámara y el Senado se le ha denominado doctrinariamente "juicio político", precisamente por la naturaleza política de la responsabilidad y las consecuencias de la misma índole para el enjuiciado, pues, al fin y al cabo, aunque de esa naturaleza no dejan de ser penas o limitaciones significativas a derechos tan fundamentales, como es el de la participación en una democracia, lo cual sólo puede conseguirse por medios judiciales.

Pero claro, si el comportamiento investigado, además de la inhabilitación funcional y política, tiene legalmente previstas otras consecuencias penales o se trata de un delito común, al Congreso le corresponde una especie de antejuicio que, a pesar de no ostentar la plenitud del primero, no deja de exigir el compromiso judicial, con más veras si se trata de conductas penalmente más relevantes que las de solo matiz político y corresponde a una tarea que es preparatoria del proceso penal que eventualmente pueda adelantar la Corte Suprema de Justicia. En ambos casos, el "juicio político" o el antejuicio, no puede estar ausente la imparcialidad de los Congresistas como jueces.

En el Estado republicano democrático y constitucional, el ejercicio de la autoridad está subordinado a la ley, igual para gobernantes y gobernados, y está limitada por los principios, derechos y garantías fundamentales. Una enorme inseguridad generaría en la comunidad el pensar en la paradoja de la agresión por parte de la misma ley o en nombre de ella, por ello los principios, derechos y garantías fundamentales son límites a la ley.

A partir del preámbulo y de los principios fundamentales que organizan a Colombia como un Estado social de Derecho, debe repararse en el énfasis con que aparece definida la responsabilidad y finalidad estatal de "*asegurar la justicia*", "*asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo*".

La misma idea de asegurar, es decir, afianzar o institucionalizar, lleva a que tal fin del Estado no se quede en el nivel de declaración meramente retórica o de simple *desiderátum*, sino que exige la elaboración de los medios necesarios para el consecuente logro. Por ello, cuando el artículo 116 de la Constitución dice que el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales, lo pone en el nivel de actuar con un poder-función autónomo, nitidamente separado de sus propias actividades de legislación y control, y aún de la administración o del gobernante o del funcionario al cual le corresponda investigar o juzgar.

Karl Popper, cuando reflexiona sobre lo que en realidad queremos significar cuando hablamos de "justicia", dice que ello significa cumplir ciertas pautas tales como una distribución equitativa de la carga de la ciudadanía, es decir, de aquellas limitaciones de la libertad necesarias para la vida en sociedad; un tratamiento igualitario de los ciudadanos ante la ley y *la imparcialidad de los jueces o tribunales*, en condiciones de igualdad, es decir, de dar a cada uno lo que le corresponda y de no incurrir en arbitrariedades.

Así la función judicial se ejerza de manera excepcional por un organismo autorizado para hacerlo, los jueces que la detentan están sometidos al imperio de la ley, y sólo a ella, y esto es lo que garantiza su imparcialidad (art. 230 de la Const. Pol.). Este postulado, junto con los principios de aseguramiento de la justicia, igualdad y acceso a la misma (arts. 1, 2, 13, 228 y 229), conforman el haz de lo que puede denominarse el *derecho a la jurisdicción*, como derecho fundamental que está uncido a la seguridad jurídica y que ampara no sólo a quienes son sometidos a la persecución penal, sino también a la sociedad colombiana, que estaría en grave peligro si absurdamente se piensa, dentro de su organización como un Estado de Derecho, que los Congresistas en función judicial no están limitados por la ley y, por ende, expuestos a la responsabilidad propia de todos los servidores públicos que ejercen tan encumbrada actividad estatal (arts. 6, 123 y 124).

La función judicial del Congreso ha sido reconocida e individualizada por la Corte Constitucional en las sentencias C-198 de 1994, C-222, 245, 385, 386 y 563 de 1996, y C-148 de 1997, entre otras; también por esta Sala en el auto del 21 de marzo de 1996, cuya ponencia correspondió al magistrado *Fernando E. Arboleda Ripoll*.

Pues bien, en la sentencia C-222/96, cuya ponencia correspondió al magistrado Fabio Morón Díaz, la Corte por unanimidad dijo explícitamente lo siguiente:

"*Para la Corte es indudable que tanto la actuación que se cumpla ante la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara, ante la Comisión de Instrucción del Senado, y ante las plenarias de las dos corporaciones,*

tiene la categoría de función judicial, *sólo para los efectos de acusar, no acusar y declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa. Por esta razón el inciso 2° del artículo 341 de la Ley 5ª de 1992, refiriéndose a la Comisión de Investigación y Acusación dispone: 'Los requisitos sustanciales y formales de estas dos formas de calificación, serán los exigidos por el Código de Procedimiento Penal'. Y el artículo 333 de la misma ley, en su inciso final, dispone que el Representante Investigador, 'en la investigación de delitos comunes tendrá las mismas atribuciones, facultades y deberes que los Agentes de la Fiscalía General de la Nación'.*

"De lo anterior se infiere que para estos efectos los Representantes y Senadores tienen las mismas facultades y deberes de los Jueces o Fiscales de instrucción, y, consiguientemente, las mismas responsabilidades.

"La naturaleza de la función encomendada al Congreso supone exigencias a la actuación de los congresistas que, con su voto, colegiadamente concurren a la configuración del presupuesto procesal previo consistente en la decisión sobre acusación y seguimiento de causa o no acusación y no seguimiento de causa. Además de las limitaciones inherentes a su condición de congresistas, la índole judicial de la función analizada, impone hacer extensivos a éstos el régimen aplicable a los jueces, como quiera que lo que se demanda es una decisión objetiva e imparcial en atención a los efectos jurídicos que ha de tener.

"Sin perjuicio de que las decisiones que se adopten sean colegiadas, los miembros de las Cámaras, en su condición de jueces, asumen una responsabilidad personal, que incluso podría tener implicaciones penales" (El énfasis y subrayado fuera de texto).

El caso planteado con ocasión del auto del 21 de marzo de 1996, se refería a una petición de varios ciudadanos integrantes de la "VEEDURÍA POR LA VERDAD", quienes pretendían que la Corte asumiera directamente el conocimiento de la denuncia formulada por el Fiscal General de la Nación en relación con el doctor *Ernesto Samper Pizano*, entonces Presidente de la República, pretensión que fue negada por la Sala en dicha providencia e hizo reflexiones del siguiente jaez:

"Y si bien es cierto la preceptiva constitucional citada (art. 199, se aclara) exige 'acusación' previa por parte de la Cámara de Representantes, no debe perderse de vista que tal función entraña la potestad de 'investigar' o esclarecer los hechos que se imputen, para allegar los elementos de juicio que permitan formular acusación o precluir la instrucción, según las hipótesis que para la calificación del mérito probatorio del sumario trae el artículo 341 de la Ley 5 de 1992, en concordancia con el art. 441 del Código de Procedimiento Penal.

"Pretender -como lo anotan los peticionarios- que ante la imputación de presuntos 'delitos comunes' hecha al Presidente de la República, se obvie

la fase de investigación y eventual acusación que por mandato constitucional debe cumplir la Cámara de Representantes, o que ella sea asumida directamente por la Corte, significa desconocer flagrantemente las garantías fundamentales que estructuran el derecho al Debido proceso, principio basilar de la función judicial en un Estado Democrático y Social de Derecho..."

Y agrega:

"*El Congreso de la República, en ciertos casos, también administra justicia:... El artículo 116 de la Carta Política indica los organismos encargados de 'administrar justicia', y al lado de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, aparece EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, que como se sabe, lo componen la Cámara de Representantes y el Senado-, con la facultad-deber de ejercer 'determinadas funciones judiciales'.*

"*... No obstante lo anterior, y sin desconocer el carácter político del Congreso, ha de tenerse presente que el legislador colombiano, dentro del contexto normativo a que se ha hecho referencia, estableció el mismo procedimiento para la investigación y acusación tanto de faltas constitucionales, como de delitos en relación con el cargo -cometidos en ejercicio de funciones- o delitos comunes*".

II. Inviolabilidad Parlamentaria

Por encima de los mencionados preceptos fundamentales relacionados con la misión del Estado de "asegurar la justicia", que son los que le dan cimiento y sentido profundo a la garantía de la judicialidad, no puede estar una lectura aislada del artículo 185 de la Constitución, según el cual los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo. La razón es obvia: judicialidad es decisión "justa" ocurrida en un proceso regular.

Es que, aun dentro del contexto mismo de la condición genérica de Congresista, la Constitución dice que "los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común". Y agrega que "el elegido es responsable ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura" (art. 133).

En realidad, la prerrogativa constitucional de la inviolabilidad parlamentaria está prevista para lo que se quiere preservar, esto es, la independencia y autonomía de la función legislativa y de control político, porque esta misma autarquía no es concebible en el ejercicio judicial, dado que la arbitrariedad o el delito apriorísticamente justificado de los jueces significaría la quiebra del Estado de Derecho.

En este orden de ideas se impone la distinción, sobre todo porque la naturaleza misma de las disímiles funciones que cumple el Congreso en cada caso así lo recomienda. En efecto, los órganos jurisdiccionales, tradicionales o especializados, asumen institucionalmente un papel de imparcialidad (por algo a la justicia se la representa con los ojos vendados).

En la función judicial el sistema jurídico no sólo constituye un límite a su ejercicio: las normas vigentes se erigen en la premisa mayor del razonamiento de los jueces. En sentido contrario, tratándose de la función legislativa, el silogismo arranca con una premisa mayor nutrida básicamente por los objetivos sociales que se pretendan alcanzar con la ley en curso.

La actividad judicial tiene, fundamentalmente, finalidades que debe cumplir dentro del propio sistema jurídico, en la medida que el juez proyecta esencialmente la realización del Derecho vigente. Por el contrario, la argumentación legislativa es por naturaleza, y en sentido general, de orden trascendente (extrasistemática), ya que casi siempre pretende lograr ciertas transformaciones en el mundo de las relaciones sociales, mediante la modificación del sistema jurídico.

Ahora bien, desde el punto de vista de los valores propuestos o de los criterios de corrección del argumento, es necesario afirmar que la argumentación legislativa será correcta siempre que se traduzca en buenas razones para convencer a los miembros del escenario democrático en el cual se actúa (Congreso, por ejemplo) o a la opinión pública, en relación con la necesidad del cambio normativo con miras a una finalidad social. La argumentación judicial, en cambio, tiene como criterio último de corrección el que las razones ofrecidas tengan como fundamento un proceso judicial cognoscitivo de las circunstancias del caso y la indudable tendencia práctica de que él apunta a la solución que de la manera más aproximada permite hacer justicia por medio del Derecho ya establecido.

De otra parte, el principio de utilidad, en el sentido de buscar el mayor grado de felicidad para el máximo número de asociados, es también la idea que debe presidir el proceso de legislación, mientras que el postulado que debe guiar la labor de los jueces es la consecución de una verdad procesal, que no puede ser predeterminada sino fruto del esfuerzo investigativo y de las constataciones reales.

A manera de conclusión, bien puede afirmarse que la argumentación jurisdiccional descansa sobre todo en una racionalidad jurídico-formal, por estar siempre referida al sistema normativo imperante, mientras que la argumentación legislativa se basa en una racionalidad más abierta que es la teleológica, porque busca objetivos sociales que trascienden y pueden modificar el ordenamiento jurídico, sin desconocer obviamente la Constitución cuando se ejerce actividad legislativa ordinaria. Los congresistas, a pesar de su condición de "representantes del pueblo", cuando

dinamizan la función judicial se ponen en el mismo límite de los jueces y los vincula la separación de poderes propia del Estado de Derecho, pues les toca sujetarse a su propia obra: una ley previa y escrita. No es después del caso cuando dicen qué se debe hacer, sino que contemplado el caso miran si se ajusta o difiere de la predeterminación legal.

Desde luego que esta diferencia entre función legislativa y jurisdiccional no puede entenderse en términos muy radicales, al fin y al cabo, tanto el legislativo como los tribunales de justicia son instituciones jurídicas que están marcadas por la finalidad práctica de resolver -bien o mal- conflictos sociales; por ello la diferenciación, sin desconocer la separación orgánica y funcional, obedece más bien una cuestión de perspectiva y de énfasis.

Es posible que la mayor espontaneidad de la función legislativa y de control político (en el sentido de que tienen marcos más amplios de acción) pueda dejar impunes algunas maniobras que no logran detectarse, ya que es difícil el cotejo frente al principio de legalidad por tratarse de la expresión de una nueva voluntad política; pero no puede ser impune la manipulación de la función judicial, pues está en juego la convivencia ciudadana y el recurso social para la decisión pacífica de los conflictos intersubjetivos.

Este criterio ha sido ampliamente reivindicado por la Corte Constitucional no sólo cuando se refiere a la función judicial del Congreso, sino también cuando, con el rigor y la responsabilidad de quien hace una interpretación por vía auténtica del artículo 185 de la Constitución Política, como máximo órgano protector de la integridad de la Carta Fundamental, por abrumadora mayoría (hubo un salvamento parcial de voto) se expresó en la sentencia C-245 de 1996 en los siguientes términos:

"*Dicha inviolabilidad consiste en que un congresista no puede ser perseguido en razón a las opiniones expresadas durante el curso de su actividad parlamentaria ni por los votos que emita, como dice la norma, en ejercicio del cargo. Es una institución que nace con el parlamento moderno y que busca garantizar la independencia de éste frente a los otros poderes, especialmente frente al poder Ejecutivo. Pero en manera alguna puede interpretarse el artículo 185 en el sentido de que la inviolabilidad signifique una excepción al principio general de la publicidad de los actos del Congreso, ni, menos aún, implique inmunidad judicial. Para que el legislador sea inviolable por sus votos y opiniones no se requiere que éstos se mantengan bajo reserva. Por el contrario la inviolabilidad o inmunidad cobran sentido justamente frente a un acto y un juicio públicos.*

"*Debe entenderse pues que la inviolabilidad opera en los casos en que los congresistas están ejerciendo su función legislativa, su función constituyente derivada, su función de control político sobre los actos del Gobierno y de la Administración y, eventualmente, su función administrativa, como es*

la de provisión de ciertos cargos. Pero cosa muy distinta ocurre cuando los congresistas, revestidos de la calidad de jueces, ejercen función jurisdiccional, como ocurre en los juicios que se adelantan contra funcionarios que gozan de fuero constitucional especial (arts. 174, 175, 178-3, 178-4 y 199). Dichos juicios son, por definición constitucional, públicos, así lo establece el artículo 175 numerales 1° y 4°. Para la Corte es claro que en este caso los congresistas asumen la calidad de jueces, tal como la Corte lo explicó en reciente jurisprudencia (Sentencia No. C-222 de 1996).

"La Corte reconoce pues el valor trascendental que reviste la inviolabilidad de los congresistas. Como se ha dicho, esta garantía tiene por objeto asegurar la independencia de los congresistas frente a las interferencias de los demás poderes del Estado y su cumplimiento, por consiguiente, es prenda del correcto funcionamiento de la democracia. La inviolabilidad, sin embargo, no puede entenderse por fuera de su misión tutelar propia, pues, de otorgársele una extensión ilimitada, no sería posible deducir a los congresistas responsabilidad política, penal y disciplinaria en ningún caso. Los artículos 133 (responsabilidad política del congresista frente a sus electores), 183 (responsabilidad del congresista por violación del régimen de incompatibilidades, inhabilidades y de conflicto de interés, destinación indebida de dineros públicos y tráfico de influencias), 185 (responsabilidad disciplinaria) y 186 (responsabilidad penal) de la Constitución Política, imponen al congresista una serie de deberes que se proyectan en el ejercicio de su función pública de emisión del voto, la cual no puede ponerse al servicio de propósitos y objetivos que la Constitución y la ley repudian.

"Es evidente que si se interpreta la inviolabilidad del voto en el sentido de que ésta ofrece al congresista una suerte de inmunidad judicial y disciplinaria total, no sería posible identificar ni sancionar las desviaciones más aleves al recto discurrir del principio democrático y serían sus propias instituciones las que brindarían abrigo a su falseamiento. La clara determinación de la responsabilidad de los congresistas por los conceptos indicados, define el umbral de su inviolabilidad, la que no puede legítimamente aducirse con el objeto de escudar faltas penales o disciplinarias, o establecer condiciones y mecanismos, a través del reglamento, que impidan investigar si comportamientos del congresista -en el momento decisivo de su actividad que se confunde con la emisión de su voto-, se ciñó a los mandatos imperativos de la Constitución y de la ley penal y disciplinaria. La verificación de la transparencia adquiere la plenitud de su rigor cuando el Congreso desempeña la función judicial y, por ende, los congresistas asumen competencias de esa naturaleza. Si en este caso se decidiera conceder a la inviolabilidad de voto una latitud incondicionada, la función judicial ejercitada por jueces desligados de todo estatuto de responsabilidad -que a ello conduce impedir objetivamente verificar si el comportamiento del congresista se ajustó a la Constitución y a la ley-,

perdería definitivamente dicha connotación y, de ese modo, todas las garantías del proceso habrían periclitado.

"Por lo demás, la Corte Constitucional en reciente jurisprudencia ha señalado que para efectos de la actuación judicial, los congresistas gozan de las mismas facultades y deberes de los Jueces o Fiscales, y de ello derivan igualmente, las mismas responsabilidades. Así lo reconoce, por lo demás, el propio Reglamento del Congreso (Arts. 333 y 341). Sobre este particular, la Corte al pronunciarse sobre la constitucionalidad de algunas normas de la ley 5ª de 1992, sostuvo:

"..." (Sentencia No. C-222 de 1996, Magistrado Ponente, doctor Fabio Morón Díaz).

"Así entonces, y entendiendo que las actuaciones frente a los funcionarios que gozan de fuero especial -penal y disciplinario- es de índole judicial, el régimen aplicable a los jueces se hace extensivo a los congresistas, y ello implica de suyo 'una responsabilidad personal', que evidentemente trae como consecuencia que su proceder debe ser público y no secreto..."

"Ya en el plano de la función judicial -especial- que ejerce el Congreso, como son los juicios que adelanta contra funcionarios que gozan de fuero constitucional especial, referido a delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o a indignidad por mala conducta, su actuación debe sómeterse a los principios generales de esa función pública..." (Magistrado Ponente: *Vladimiro Naranjo Mesa*. Las negrillas y el subrayado no pertenecen al texto).

De modo que, en manera alguna, esta Sala ha desconocido la inviolabilidad o indemnidad de los Congresistas, en los términos que institucional y teleológicamente debe concebirse la respectiva disposición constitucional, pues, si lo que se pretende es mantener la capacidad funcional del Congreso y garantizar la libre formación de la voluntad de los representantes del pueblo, la misma es de contenido político y no judicial, de modo que debe circunscribirse al acto parlamentario propiamente dicho y no a la función jurisdiccional.

Pero no es de ahora el respeto a la inviolabilidad parlamentaria, como garantía del funcionamiento de los controles recíprocos en la democracia, sino que tal prerrogativa del órgano legislativo, en el contexto explicado, se reclama y se ha hecho valer judicialmente en las decisiones del 6 de septiembre y 6 de diciembre de 1988 (M. P. *Rodolfo Mantilla Jácome*), 13 de mayo de 1992 (M. P. *Jorge Carreño Luengas*), 8 de marzo de 1994 (M. P. *Gustavo Gómez Velásquez*), 19 de junio de 1996 (M. P. *Juan Manuel Torres Fresneda*) y 18 de junio de 1997 (M. P. *Juan Manuel Torres Fresneda*).

En la primera de ellas se interpretó la institución del siguiente modo:

"1°. El artículo 106 de la Constitución Nacional (hoy, art. 185) que a la letra dice: 'Los Senadores y los Representantes son inviolables por sus opi-

niones y votos en el ejercicio de su cargo. En el uso de la palabra sólo serán responsables ante la Cámara a que pertenezcan; podrán ser llamados al orden por el que presida la sesión y penados conforme al reglamento por las faltas que cometan'. Debe entenderse dentro del marco del estado de derecho, como un desarrollo del principio de autonomía y del equilibrio de las Ramas del Poder Público y constituye un valioso instrumento en la definición de la democracia siendo en nuestros días uno de los más importantes derechos de la oposición y de las minorías políticas en el Congreso de la República.

"2°. La actividad política democrática, que en términos generales se concibe en torno al poder, como posibilidad de dirigir el Estado bajo determinadas concepciones ideológicas y programáticas, o ser alternativa cierta para acceder a esa dirección, exige la presencia de mecanismos, que a manera de balanzas, controlen y regulen el ejercicio del poder para que no se torne absoluto y arbitrario en unos casos o caótico en otros.

"3°. En este orden de ideas, es que se concibe la actividad parlamentaria como expresión de las luchas políticas; allí tienen su escenario natural los diferentes grupos políticos, los que apoyan un Gobierno determinado y los que lo combaten y controlan; dentro de esa concepción se entiende entre otras la atribución que tienen las Cámaras de citar a los miembros del Gobierno para que expliquen sus actividades, de iniciar debates y cuestionar actuaciones en la más sana crítica purificadora".

"4°. La vitalidad de un sistema político está íntimamente relacionada con estas prácticas democráticas que imponen el riguroso control del ejercicio del poder, la posibilidad de la denuncia oportuna de las malas prácticas y de los comportamientos viciosos. Es por ello propio de los sistemas democráticos la necesaria disponibilidad de los funcionarios para que como una vitrina pública sean examinados por sus actuaciones permanentemente sin tapujos y sin contemplaciones.

"5°. Es precisamente dentro de ese marco, donde se entiende el artículo 106 de la Constitución Nacional que le garantiza a los Senadores y Representantes el ejercicio de su actividad con libertad, sin temores al emitir sus votos u opiniones, sujetándose lógicamente al decoro y la decencia por cuya violación deberán responder ante su propia Cámara. Se trata de una prerrogativa, de un privilegio y de una facultad de los parlamentarios, en el sentido de que no serán responsables por sus votos y opiniones en el ejercicio de su cargo y que podrán decir cosas en ocasiones urticantes y molestas, sin responsabilidad, en el cumplimiento de sus actividades..." (Se ha enfatizado).

En relación con una denuncia por injuria y calumnia contra un Senador, la Sala, en providencia del 18 de junio de 1997, volvió sobre el instituto de la indemnidad y agregó a sus anteriores pronunciamientos lo siguiente:

"Frente a ese reparo resulta inaplazable precisar que las afirmaciones criticadas se hallan contenidas dentro del ejercicio del derecho-deber de expresión del congresista y de su participación oficial dentro de un debate de interés nacional, lo que guarda estrecha relación con el cumplimiento de funciones tales como las que se indican bajo el numeral 8 del artículo 135 de la Constitución Política, y muy particularmente dentro del ejercicio del control político que se le atribuye al Congreso (artículo 6-3 de la ley 5ª de 1992) 'para requerir y emplazar a los Ministros del Despacho (allí fueron citados los del Interior, Agricultura, Comercio Exterior y Defensa Nacional) y demás autoridades (también concurrió el señor Gobernador de Antioquia) y conocer de las acusaciones que se formulen a los altos funcionarios del Estado...'

"Siendo ello así, y por no sustraerse al estudio de ese foro un tema tan sensible para los intereses del país como el de la grave crisis de Urabá, tendrá que reconocerse la operancia del artículo 185 constitucional, relativa a la inviolabilidad de los congresistas 'por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio de su cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo'; lo que no podría ser de otro modo, como que colocar en manos de otro órgano del Estado la persecución y eventual sanción de algún exceso en dichas intervenciones, pondría a riesgo la existencia de una mordaza que coartando la necesaria libertad y autonomía de aquel foro, socavara los intereses y la vigencia misma de la democracia".

Resulta incuestionable, a la luz de la interpretación que se deja expuesta, que la Corte Suprema de Justicia es competente para investigar a los Congresistas no sólo por delitos comunes sino también por hechos punibles de responsabilidad, que son los que se cometen en ejercicio de sus funciones. De verdad, resulta muy significativo que a continuación del artículo 185 de la Carta Política, que consagra la inviolabilidad de los Congresistas "por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo", precisamente en el precepto siguiente (art. 186), el Constituyente se refirió sin diferenciar al conocimiento de "los delitos que cometan" dichos altos servidores públicos, encomendándole privativamente la competencia a la Corte Suprema de Justicia, como consecuencia de un fuero integral.

Esta normatividad impone concluir que si el Constituyente hubiese querido extender la indemnidad de los parlamentarios también para los delitos en que eventualmente llegaren a incurrir en relación con el desempeño del cargo, así lo habría manifestado expresamente, limitando el señalamiento del artículo 186 a los hechos punibles que no ofrezcan un nexo con el desempeño de la función. De igual manera, tampoco habría incluido en la Constitución el parágrafo del artículo 235, cuya clara vigencia está indicando, adicionalmente, todo lo contrario a lo pretendido: que los Congresistas sí responden por los delitos que cometan en relación con

las funciones desempeñadas, quedando sólo acerca de éstos cobijados por el fuero al terminar el ejercicio del cargo (fuero funcional).

De otra parte, tampoco es la primera vez que la Corte afirma su competencia para investigar y juzgar a los parlamentarios por delitos cometidos en el ejercicio del cargo o la función, pues así ha quedado claramente dispuesto, entre otras, en las providencias del 23 de noviembre de 1994; 3 de octubre de 1995; 27 de agosto, 10, 11 y 16 de septiembre, 5 de noviembre, 10 y 11 de diciembre de 1996; 6 de marzo, 20 de mayo, 22 y 28 de agosto, 18 de septiembre y 22 de octubre de 1997. En todos estos casos, referidos al delito de prevaricato, se adelantó el trámite judicial pertinente. En el expediente radicado No. 8626, a cuyo contenido pertenece la decisión del 11 de diciembre de 1996, además del delito de prevaricato se investigó el abuso de función pública, otro delito de responsabilidad. Y en la radicación No. 8664, inclusive, se llegó hasta la sentencia condenatoria del 19 de marzo de 1998, por el delito de prevaricato cometido por el Congresista en ejercicio del cargo como miembro de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

Declarar infundada la petición de nulidad hecha por el procesado Agustín Hernando Valencia Mosquera.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

LEGITIMA DEFENSA

Este medio de convicción no contradice la declaración de (...), a pesar de ciertas sutiles diferencias. *Y tampoco resultó alterado en su contenido por el juzgador. Que (...) aduzca que (...) había dejado de lanzar piedras, o que no tuviera una en la mano para cuando los disparos, en manera alguna significa que la agresión hubiera cesado y perdido su carácter de actual e inminente. El agresor continuaba frente al vehículo, acababa de lanzar "piedras de todos los tamaños", todas hicieron blanco en el vehículo y al menos una en la cabeza del procesado, y, en tales condiciones, no existía razón para pensar que no fuera a insistir en la agresión, por lo que el peligro para (...) (agachado dentro del vehículo para evitar seguir siendo lesionado y naturalmente tomando el arma de fuego que guardaba en su interior) no se había disuelto. Estas circunstancias, que en manera alguna permiten afirmar la existencia de una apreciable solución de continuidad en el ataque, avalan la necesidad de defensa sostenida por el Tribunal.*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., Octubre siete (7) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Proceso No. 10073

Aprobado Acta No. 149

Vistos

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte civil, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Armenia el 23 de agosto de 1994, mediante la cual absolvió al procesado Virgilio Arias Young de los cargos de homicidio y lesiones personales y lo condenó a la pena de doce (12) meses de prisión por el delito de porte ilegal de armas de defensa personal.

Hechos y Actuación Procesal

El día 30 de mayo de 1993, hacia las 2 de la mañana, los hermanos Jorge Evelio y Jairo Andrés Henao Socarrás, quienes se encontraban acom-

pañados de otros jóvenes, ingresaron al Estadero El Atajo, ubicado en la vía entre Armenia y Circasia. Allí estaba, solo, el Señor Virgilio Arias Young, de 37 años de edad, y el primero de los mencionados se mofó de su sombrero, llegando inclusive a despojarlo de él. Tal hecho desencadenó una trifulca en la cual Arias Young fue golpeado por los muchachos y a su vez lesionó con arma cortopunzante a Jorge Evelio Henao. Ya al final, cuando Arias se dirigió a su vehículo, fue nuevamente atacado, esta vez con piedras que además de hacer impacto en su cabeza le estropearon significativamente su automotor. Como reacción se subió a su carro, tomó un revólver y a través del hueco que dejó el parabrisas destruido, disparó en 6 oportunidades. Un proyectil le penetró los pulmones a Jairo Andrés Henao y como consecuencia falleció minutos después cuando era trasladado hacia el Hospital San Juan de Dios de Armenia.

Virgilio Arias Young fue inmediatamente capturado y la Fiscalía, luego de disponer la apertura de la instrucción, lo vinculó al proceso a través de indagatoria. El 7 de mayo de 1993 fue afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva por los cargos de homicidio, lesiones personales y porte ilegal de armas.

El 4 de junio y 4 de agosto de ese año, respectivamente, fueron admitidos como parte civil a los señores Cosme Evelio Henao Ospina Y Jorge Evelio Henao Socarras, padre y hermano de la víctima Jairo Andrés Henao Socarrás, a través de apoderados judiciales.

El treinta (30) de septiembre de 1993 la Fiscalía Tercera de la Unidad Especializada profirió resolución de acusación en contra de Virgilio Arias Young. El defensor del procesado apeló la determinación, pero luego renunció a la interposición del recurso el trece (13) de octubre de ese mismo año.

El trámite del juicio le correspondió al Juzgado 7° Penal del Circuito de Armenia, el cual dictó sentencia el 3 de junio de 1994. Decidió condenar al procesado a la pena de 27 años de prisión, en calidad de autor responsable de los cargos materia de la acusación. La defensa apeló y el Tribunal Superior de Armenia, mediante el fallo objeto del recurso de casación, confirmó la determinación de condenar a Virgilio Arias Young por el delito de porte ilegal de armas a la pena de doce (12) meses de prisión y lo absolvió de los cargos de homicidio y lesiones personales, al estimar que actuó en ejercicio de la legítima defensa.

La Demanda de Casación

El representante de la parte civil reconocida a nombre del señor Cosme Evelio Henao Ospina formula un solo cargo contra la sentencia del Tribunal, pero antes de desarrollarlo advierte que el interés en el recurso se centra en el tema de la responsabilidad por la muerte de Jairo Andrés

Henao Socarrás, pues la existencia de constitución de dos partes civiles por la vulneración de bienes jurídicos distintos, con sujetos pasivos y perjudicados diversos, amerita el ejercicio de la acción indemnizatoria de forma independiente.

Al amparo de la causal primera, cuerpo segundo del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por la vía indirecta, a consecuencia de los errores de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de las pruebas obrantes en el plenario. Dicha vulneración la concreta en la aplicación indebida del numeral 4° del artículo 29 del Código Penal, que trae como consecuencia la falta de aplicación del artículo 323 del Código Penal, modificado por la ley 40 de 1993.

El Tribunal funda la decisión de absolver al acusado Arias Young por la muerte de Jairo Andrés Henao, sobre la base de que obró en legítima defensa pues así repelía el ataque de que era objeto, mediante el empleo de piedras, las cuales eran lanzadas contra el vehículo en cuyo interior se encontraba.

Es en el proceso de demostración de los aspectos integrantes de dicha conclusión en la que se manifiesta el error enunciado, por cuanto el sentenciador otorga a los hechos recogidos en la prueba testimonial, un alcance que no poseen.

Al respecto indica que el Tribunal dio por demostrada la necesidad de la defensa por parte del procesado, con los testimonios de Andrés Gómez, Andrés Londoño Ramírez, Juan José Moreno Torres y Luz Dolly Muñoz Hernández, los que, según el casacionista, son considerados de manera genérica para desvirtuar que el lanzamiento de piedras por parte del occiso fuera un acto de defensa.

Luego de transcribir un aparte del fallo, afirma que el Tribunal no podía llegar a la conclusión de que los disparos de Arias a Jairo Andrés Henao eran necesarios para la defensa de su vida. Si la prueba indica que los disparos ocurrieron 'después que ya habían golpeado con las piedras, le habían destruido el parabrisas...' no puede deducir que para Arias era necesario defenderse, porque la prueba lo que está revelando es que la agresión manifestada en el lanzamiento de piedras ya había pasado, de suerte que al reconocer la legítima defensa por este hecho, está otorgando al material de convicción un sentido que no corresponde a su contenido fáctico.

Para demostrar que el error planteado es más ostensible, trae a colación apartes de los testimonios de Andrés Londoño Ramírez, Juan José Moreno Torres y Luz Dolly Muñoz Hernández, con los cuales, según él, se pone de manifiesto la forma cómo el Tribunal alteró su contenido fáctico para, con fundamento en ello, reconocer la legítima defensa. Esta justifi-

cante requiere, para que pueda operar, que la acción de defensa sea necesaria por virtud de la actualidad o inminencia de la agresión la que en, este caso, según los testigos, ya había pasado. Por lo tanto, la acción calificada como de repulsa por el fallador no era necesaria.

Habiendo sido el aspecto concerniente a la "necesidad de la defensa" el concepto nuclear de la justificante reconocida en la sentencia, considera el casacionista que queda relevado de hacer referencia a los otros componentes de la figura.

Entonces continúa el sustentó de la censura afirmando que de los testimonios antes destacados se establece con mediana claridad que al recibir Jairo Andrés Henao el disparo que le produjo su deceso, no tenía piedras en la mano; que ya había cesado en la acción de arrojarlas al carro donde se encontraba Arias Young; que los daños que con ellas hubiera podido causar, ya los había ocasionado "y, en fin, que en sucesión en el tiempo primero fueron las pedradas y luego los disparos, rompiéndose la relación de necesariedad entre éstos y aquellas, indispensable para la estructuración de la justificante cuyo reconocimiento se hace en el fallo".

Dice el recurrente que a excepción de los testigos antes citados, los demás, como Jorge Evelio, Juan Carlos Gómez Páez, Julián Fidel Giraldo Ospina y José Imer Osorio no son específicos sobre la actitud del occiso al momento de recibir el disparo que le segó la vida. Que las declaraciones de los policiales Gerardo Garrido Lozada y Raúl Octavio Arango Castañeda, si bien sostienen que las personas con las que se entrevistaron en el lugar de los acontecimientos afirmaban que Arias se había defendido, nada pueden decir sobre la comprobación de la relación de necesariedad entre el disparo y el lanzamiento de piedras. Según el censor, sus afirmaciones en el sentido de que les dijeron que el procesado se había defendido, resultan insuficientes y endebles. Primero, porque son genéricas, fruto de la impresión que de los hechos tuvieron quienes así se lo expresaron; y segundo, porque la estimación sobre el aspecto de la necesidad de la defensa, debe valorarse en lo posible, sobre la versión de quien en forma directa hubiere percibido el suceso y así lo hubiera expuesto en su declaración.

Para el casacionista, claro resulta concluir en este punto que las manifestaciones de quienes sostienen que Arias disparó con posterioridad a haber recibido los impactos de piedra y cuando habían cesado, solo vendrían a ser enfrentadas por su versión porque en ella afirma haber disparado buscando que dejaran de arrojarle piedras, con la intención de defenderse, que disparaba a unas siluetas de donde se lanzaban las piedras, por estar herido y acorralado en su carro. No obstante, a su modo de ver, es una apreciación que, frente a los demás elementos de prueba, no tiene contundencia para infirmar los testimonios que señalan que disparó con posterioridad a que le fueran arrojadas las piedras y por el hueco dejado

por el parabrisas. Que conforme a la lógica, no podía levantar la cabeza para disparar su arma mientras estaba siendo objeto de agresión con piedras y que no existe razón que explique por qué si disparó para evitar que le siguieran lanzando piedras, terminó ocasionando la muerte del joven Henao Socarras.

Considera que el error lo genera la estructura del fallo en el que los mayores esfuerzos del juzgador se centraron en el origen del suceso, omitiendo considerar que por tratarse de una pluralidad de lesiones a bienes jurídicos y tipicidades, era imperioso analizar frente a cada hecho la ocurrencia de cada uno de los aspectos estructurantes de la causal de justificación, con fundamento en la prueba y a fin de determinar su procedencia.

Solicita se case la sentencia y se dicte el respectivo fallo de sustitución

ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTES

El defensor del procesado Virgilio Arias Young manifestó su desacuerdo con la demanda presentada por el apoderado de la parte civil, quien para demostrar la mala apreciación en el material probatorio no lo hizo sobre todo el conjunto, sino de manera individual y con segmentos seleccionados según su criterio.

Acotó que fue precisamente el análisis de todo el material de convicción el que llevó al Tribunal a la conclusión inequívoca de que su representado había actuado bajo una causal justificativa , quedando plenamente demostrados los elementos previstos en el artículo 29 numeral 4° del Código Penal.

Luego de referir algunos apartes del fallo censurado, concluye que la causal de casación alegada no existe, puesto que nunca se presentó distorsión, ni falso juicio en la valoración del material probatorio y por ende nunca se presentó la indebida aplicación de la ley sustancial enunciada.

Por su parte la apoderada de la parte civil reconocida a nombre del señor Jorge Evelio Henao Socarrás, manifestó que se adhería a la demanda de casación presentada por la parte civil que representa los intereses del padre del hoy occiso, al tenor del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, libelo que no comparte en lo relativo a la existencia de diferentes bienes jurídicos tutelados, momentos diferentes y resultados independientes.

Para demostrar la ausencia de la causal de justificación en comento, hizo referencia a que Virgilio Arias Young en su indagatoria manifestó que había sido irrespetado por unos muchachos que le quitaron el sombrero y *jugaban con él* (resaltó la memorialista). Que la frase "jugaban", que según el diccionario significa recrearse o divertirse, indica la no existencia de la intención de agredir por parte de las personas que se hallaban cerca de

Arias Young. Que el hecho de sacar una navaja por parte del procesado, es indicador de una verdadera intención y racionalidad por parte de éste, cuando sus oponentes no utilizaron arma alguna.

Dice que conforme a la sentencia de segunda instancia, dar plena credibilidad a solo dos declaraciones es inadecuado porque todos y cada uno de los testigos observaron la escena de los punibles desde su ámbito de conocimiento. Que uno de los declarantes, fundamento de su inconformidad (José Imer Osorio), no fue inicialmente identificado por los policías que dieron cuenta de los hechos como elemento clave de lo sucedido el 30 de mayo de 1993.

En consecuencia, solicita se condene al señor Virgilio Arias Young por la comisión del delito de lesiones personales ocasionadas a su poderdante Jorge Evelio Henao Socarras al igual que a los perjuicios contemplados por el Juez de primera instancia.

Concepto del Procurador Tercero
Delegado en lo Penal

Inicia esa representación de Ministerio Público manifestando que la interpretación propuesta por el recurrente sobre las pruebas en las que hace recaer un falso juicio de identidad, resulta inadecuada porque trata de aislar el hecho en el cual se fundamentó todo el peso de su ataque contra la sentencia, de aquellos que inscritos dentro de una misma situación, otorgan sustento a las conclusiones del fallador.

El objetivo del recurrente en cuanto a que la Corte reconozca que el procesado Virgilio Arias Young disparó su arma contra Jairo Andrés Henao, cuando este no tenía en sus manos las piedras que lanzaba porque temporalmente había cesado el ataque de los hermanos Henao Socarras hacia el acusado, deja de lado el contexto de la acción, pues no tiene en cuenta que ella se desarrolló en un lapso durante el cual, con breves espacios de tiempo, ocurrieron varios actos cuya concatenación fue analizada por el Tribunal, en la forma como lo exige la ley.

Contrario a lo considerado por el recurrente, la necesidad de la defensa debe examinarse en relación con todo el contexto del acontecer en el cual, entre el momento del disparo y la última piedra lanzada, medió un instante que ninguno de los testigos se atrevió a precisar pero que, según se deduce de los testimonios, no define la culminación de la agresión de que estaba siendo víctima Arias Young.

Refiere entonces la forma como uno de los testigos, Juan Carlos Gómez Páez, narró la pelea; que éste no señala el tiempo que transcurrió entre uno y otro hecho, pero que de su contexto se deduce que debió ser mínimo en tanto que el testigo alcanzó a caminar solo unos metros cuando oyó los

disparos. Que si varias fueron las piedras lanzadas contra el campero, tal actividad debió requerir algunos segundos, lo que refleja la proximidad temporal entre el lanzamiento de la última piedra y el disparo.

Resalta apartes de las declaraciones de Andrés Gómez Arango y Julián Fidel Arango, para denotar cómo el contexto de la acción es uno mismo. Que a raíz de la burla que se hiciera a Virgilio por el sombrero que portaba, sobrevinieron los insultos de éste hacia los hermanos Henao Socarras; a ese acto siguió la agresión física de que fuera objeto el procesado (empujón y patadas) a lo cual respondió esgrimiendo su arma cortopunzante, causando heridas a Jorge Evelio Henao. Ante esta situación, Juan Carlos Gómez disparó su arma para tratar de poner fin al conflicto, lo cual no logró, de acuerdo a lo sucedido con posterioridad.

Fue así como Arias Young se dirigió al vehículo en el que se desplazaba, conducta que fue interpretada por los hermanos Henao Socarras como señala de que buscaba proveerse de un arma de fuego, como en efecto ocurrió, lo que motivó una nueva agresión física contra el inculpado (lanzamiento de piedras) que fuera contestado por este con el disparo de su arma. Para así evidenciarlo, refiere lo manifestado por el testigo Giraldo Ospina y por Luz Dolly Muñoz quien ratificó lo precisado por aquél.

Según el Delegado, la fuerza del argumento del recurrente se asienta en la versión de Andrés Londoño Ramírez, sin tener en cuenta la totalidad de lo ocurrido y quien también aseveró que entre la última piedra lanzada y el disparo, 'mediaron solamente segundos, no podría calcular, pero cuando Jairo Andrés dejó de tirar piedras al momento el señor se incorporó del asiento del carro y sacó el arma y disparó'. Que entonces, los actos de defensa fueron precedidos temporalmente de actos de agresión y entre ellos no mediaron más que unos pocos segundos, con lo cual no puede afirmarse que hubiera cesado el ataque y que por ello la reacción del ofendido hubiese sido extemporánea. La sana interpretación de las pruebas demuestra que los actos se desenvolvieron en un mismo contexto de acción, separados únicamente por la dinámica de los acontecimientos.

Luego de transcribir un aparte de las consideraciones del Tribunal, asegura el señor Procurador que allí no se analiza sectorizadamente la versión que sobre los hechos rindiera Andrés Londoño Ramírez, único de los presenciales que hiciera tajante la separación entre el acto de arrojar piedras y el disparo mortal, el cual analizó dentro del mismo contexto de acción. El cabal entendimiento de lo acontecido, con indicación precisa de los actos que se cumplieron dentro del mismo desarrollo del suceso, permitieron al Tribunal arribar a la justa conclusión de que el procesado no había disparado cuando había cesado la agresión.

Solicita por tanto, que el cargo sea desestimado.

CONSIDERACIONES

Lo que en esencia el demandante cuestiona es que el Tribunal Superior de Armenia haya dado por demostrada la necesidad de defenderse del procesado Virgilio Arias Young para cuando disparó en contra de Jairo Andrés Henao, con sustento en unas pruebas[1] que lo que revelaban era que la agresión en su contra, manifestada en el lanzamiento de piedras, ya había cesado y con ello igualmente la necesidad de defenderse.

Sobre el particular trae a colación el siguiente párrafo de las consideraciones de la sentencia, donde se hace referencia a los testigos Andrés Gómez y Andrés Londoño:

"Señalan que ... (Arias) sólo vino a disparar después que ya le habían golpeado con las piedras, le habían destruido el parabrisas y tanto es así que afirman que por el hueco hecho por las piedras fue por donde disparó, y afirman que disparó al aire, a Jairo Andrés le dijeron que se retirara, no lo hizo, y una bala lo alcanzó y prácticamente lo mató instantáneamente".

Dicha estimación probatoria según el demandante admite que los disparos se produjeron después del lanzamiento de las piedras, luego no podía concluirse que Arias Young tuvo la necesidad de defenderse. El punto es, entonces, que se reconoció la causal excluyente de antijuridicidad en contra de lo evidenciado por la prueba, en lo cual hace consistir la demanda el yerro por falso juicio de identidad.

Apartes de los testimonios de Andrés Londoño Ramírez, Juan José Moreno Torres y Luz Dolly Muñoz Hernández, transcritos en la sentencia en el capítulo de "las pruebas" e igualmente por el casacionista, a juicio de éste hacen aún más ostensible el error planteado, en cuanto aquéllos sostienen que primero fueron las pedradas y luego los disparos de Arias Young, uno de los cuales fue el determinante de la muerte de Jairo Andrés Henao. El Tribunal, por lo tanto, alteró el contenido fáctico de dichos medios de convicción y reconoció la legítima defensa, siendo que la agresión, según los testigos, ya había pasado y la repulsa no se tornaba necesaria.

El examen detenido de la sentencia muestra que el Tribunal analizó la prueba en su conjunto dando por establecido, en primer lugar, que en ningún momento se presentó riña entre los hermanos Henao y el procesado Virgilio Arias Young, quien se encontraba ebrio y por lo tanto en estado de inferioridad.

---

[1] . Los testimonios de Andrés Gómez, Andrés Londoño Ramírez, Juan José Moreno Torres y Luz Jairo Hernández.

El primer encuentro entre los protagonistas lo enfrenta el juzgador sin dejar de referirse a los testimonios de los amigos de Jorge Evelio Y Jairo Andrés Henao, quienes a pesar de su poca objetividad en cuanto al acto de provocación inicial, señalan a los hermanos como quienes primero acudieron a las vías de hecho, arremetiendo contra Virgilio Arias "...con puñetazo y patadas...". Y si bien es cierto dichos testigos indicaron que el procesado, por un simple roce a su sombrero realizado por Jorge Evelio Henao, procedió a insultarlo sin que existiera razón para ello, el fallador descarta esa circunstancia con sustento en el testimonio De José Imer Osorio, un taxista que circunstancialmente se encontraba en el lugar y por lo tanto ajeno a los hechos. En la parte que interesa de su declaración, mencionada en el acápite de pruebas de la sentencia, expresó:

"...paré a comprar un chuzo y entonces se presentó un altercado entre un señor que se estaba comiendo un chuzo, que estaba muy borracho y un poco de muchachos, que no sé quiénes son, me acuerdo mucho porque uno de los muchachos se le arrimó al señor que estaba recostado borracho y le tumbó el sombrero y le dijo 'que si ese sombrero era para maricas' y entonces el señor se agachó a recoger el sombrero y les dijo que él no quería problemas y entonces lo insultaron y entonces él también les respondió con palabras groseras, le mentó la madre a uno de ellos y entonces el otro le pegó una trompada y lo derribó e inmediatamente el otro muchacho lo cogió a patadas y lo golpeó y en ese momento como que ese señor sacó una navaja (cuando estaba en el suelo precisa más adelante) y cortó a uno de los muchachos, esto a mí me dio mucha piedra[2] pero yo no me quise meter y entonces opté por venirme de allá y dar aviso a la policía...".

Los insultos de Virgilio Arias, para el Tribunal, entonces, se produjeron cuando ya había sido "provocado y agraviado" y que los hubiera expresado no autorizaba a los jóvenes a responder con las agresiones de hecho que realizaron, ante las cuales el imputado simplemente se defendió con la navaja que portaba, la cual en un principio mantuvo cerrada y sólo utilizó instantes después cuando, a patadas, intentaron despojarlo de ella, produciéndole la herida de que da cuenta el proceso a Jorge Evelio Henao.

Vinieron los disparos de Juan Carlos Gómez con los cuales buscó disolver el incidente, se creía que todo había finalizado, Virgilio Arias corrió hacia su carro, pero continuó la agresión en su contra. Esta vez con pie-

---

[2]. Al ser interrogado, al final de la diligencia, qué le había producido "piedra", dijo: Inicialmente los muchachos eran los que le estaban dando en la cara y en la cabeza al señor del sombrero, dos atacando a uno, a mí me dio piedra al principio que dos le estaban pegando a uno, fue entonces cuando ya vi un herido y yo me vine". (fol. 314 vto).

dras, de significativo porte según las fotografías visibles en el expediente (cfr. Fls. 102 y ss.), lanzadas por los hermanos Henao y con las cuales se le hirió en la cabeza y se le causaron serios destrozos a su vehículo. Su reacción, concluye el Tribunal, fue buscar el revólver que llevaba en el automotor y disparar.

"Se quiso hacer creer –anota el fallador—que él disparó desde que llegó al carro, sin que hubiera mediado el segundo ataque, pero los testigos Andrés Gómez y Andrés Londoño en forma muy escueta y clara, señalan que este señor sólo vino a disparar después que ya le habían golpeado con las piedras, le habían destruido el parabrisas y tanto es así que afirman que por el hueco hecho con las piedras fue por donde disparó, y afirman que disparó al aire, a Jairo Andrés le dijeron que se retirara, no lo hizo, y una bala lo alcanzó y prácticamente lo mató instantáneamente".

La sentencia acude, además, para aceptar que la repulsión de Virgilio Arias ". fue necesaria y proporcionada al despiadado e injusto ataque" al testimonio de Dolly Muñoz, el cual estimó imparcial y creíble, pues no era amiga ni conocida de los protagonistas de los hechos, y del que resaltó su afirmación consistente en que de no haberse defendido "el señor" lo hubieran matado.

Tal fue el análisis que condujo a la absolución del procesado por el cargo de homicidio y para la Corte, a diferencia de como piensa el recurrente, no es cierto que el Tribunal haya omitido considerar con igual rigor, con el mismo esfuerzo dialéctico, todos los sucesos que hicieron parte de lo ocurrido. Si el sentenciador le dedicó buena parte del fallo al origen de los hechos ello se explica porque todos los instantes que precedieron al disparo que le ocasionó la muerte a Jairo Andrés Henao, se suscitaron dentro del mismo contexto de acción. Esto es igualmente claro para la Sala, como lo es para el Procurador Delegado, quien con sentido lógico expresa que la necesidad de defensa del procesado, no puede examinarse dentro del estrecho marco del último acto, sino en relación con todo el decurso del acontecer fáctico. Este evidencia que los hermanos Henao agredieron de palabra y obra al procesado, quien en un primer momento reaccionó utilizando su navaja, hiriendo a Jorge Evelio Henao. A raíz de los disparos disuasivos de Juan Carlos Gómez el acusado corrió hacia su vehículo y ello sucedió inmediatamente, según los distintos testigos presenciales de los hechos. Jairo Andrés Henao, al notar que su hermano se encontraba herido, en lugar de apresurar su traslado a un hospital, decidió emprender el segundo acto de agresión, en el cual contribuyó Jorge Evelio Henao, con los resultados lesivos vistos para la integridad personal y el patrimonio económico de Virgilio Arias. Y no se trató de cualquier tipo de agresión, sino de una seria, con la potencialidad de causarle la muerte al procesado, como lo infirieron varios declarantes.

Que dicho segundo ataque, a piedra, había cesado y que por lo tanto la defensa no era necesaria es lo que plantea el casacionista y no tiene ra-

zón. La integridad de los actos no permite su fraccionamiento frío para intentar separar uno de sus episodios y asegurar, con sustento en ciertas expresiones aisladas de algunos testigos, que ya Jairo Andrés Henao había dejado de lanzar piedras en contra de Virgilio Arias y que por lo tanto no puede justificarse que éste haya disparado. Esto sería aceptable de haberse demostrado que en realidad la agresión se había disuelto, bien porque el atacante hubiera dado la espalda y se retiraba del lugar o por el transcurso de un estimable periodo de tiempo que le permitiera a cualquier observador imparcial pensar en la finalización del ataque injusto. Pero nada de ello sucedió. El orificio de acceso del proyectil al cuerpo del occiso fue ubicado en la parte izquierda del tórax (ver fotografía a folio 92 del expediente) y es deducible de los testimonios que a juicio del recurrente fueron tergiversados, que la agresión en contra del procesado poseía, para cuando disparó, el carácter de actual, siendo razonable concluir, como lo hizo el fallador de segunda instancia, que se defendió legítimamente.

Andrés Gómez Arango, en su primera intervención procesal, relató así lo que sucedió luego de los disparos efectuados por Juan Carlos Gómez:

"...de un momento a otro vimos que Virgilio se fue para su carro, y se recostó al barranco como para abrir la puerta del carro, entonces nosotros pensamos que ya se había acabado todo y que se iban a ir, y en ese momento Jairo Andrés Henao cogió una piedra y la tiró al carro de Virgilio, pero esto lo hizo en varias oportunidades, le tiró varias piedras, y le rompió el parabrisas al carro de Virgilio, nosotros estábamos diagonal al carro pero Jairo Andrés estaba de frente al carro de Virgilio, cuando vimos el roto del parabrisas yo me asusté, y pensé que Virgilio fuera a sacar un arma, pues Julián Fidel le gritó a Jairo Andrés, cuidado que puede sacar un arma, y este creo que no escuchó, yo no reaccioné, y cuando yo oí y vi que Virgilio hizo dos tiros por el roto del parabrisas, pero los vi al aire, el tercer tiro se lo hizo a Jairo Andrés Henao..." (fol. 15 vto.).

Al siguiente día se le amplió declaración a Gómez Arango y afirmó:

"...le dije a Jairo, camine, camine que no pasó nada, vámonos, entonces Jairo de un momento a otro se dirigió a donde estaban las piedras y cogió una piedra, la tiró y rompió el vidrio del parabrisas, el parabrisas se totió con la primera piedra y con la segunda se quebró todo y quedó un roto grande y esa segunda piedra le pegó al señor Virgilio en la cabeza y Jairo le tiró más piedras (como 6 de regular tamaño dice más adelante) y nosotros o yo vi que ese señor se agachó y me dio susto que fuera a sacar un arma y Julián y yo nos corrimos hacia la izquierda para no quedarle de frente al carro y nosotros le decíamos 'Jairo, Jairo, córrase, muévase', cuando oí dos disparos y ahí mismo nos escondimos y al momento me asomé y al momento sonó el tercer disparo..." (fol. 57).

Lo señalado por el mencionado declarante, no deja duda de que agresión y reacción fueron concomitantes y a partir de sus exposiciones no ve la Sala cómo afirmar que los disparos de Virgilio Arias se produjeron una vez el ataque había cesado, como para predicar que la defensa era innecesaria. El instante en el cual se agachó el procesado, a tomar el arma de fuego naturalmente, lo ubica el testigo luego de haber sido herido Virgilio Arias en la cabeza con la segunda piedra. Luego si se tiene en cuenta que fueron "como seis piedras" las lanzadas por Jairo Andrés Henao, es claro que los disparos se produjeron en el contexto mismo del acto de agresión, por lo que la supuesta tergiversación del contenido testimonial no tuvo ocurrencia.

Andrés Londoño Ramírez manifestó:

"...el cucho se fue para el carro y el hermano de Jorge Evelio encendió ese carro a piedra y le quebró el parabrisas y le tiraba más piedras y se lo dañó y en esos momentos el pelado hermano de Jorge Evelio paró como para no tirar más y en esas el señor se incorporó porque estaba agachado seguro sacando el arma y en esas sacó la mano por el parabrisas , creo que fue la izquierda y ahí mismo comenzó a disparar".

El mismo declarante, más adelante y a raíz de que el instructor lo cuestionó directamente sobre dónde estaba el occiso para el momento de los disparos y qué hacia, refirió:

"Estaba frente al carro pero ya había dejado de tirarle piedras, ese muchacho le tiró piedras de todos los tamaños y todas se las pegó al parabrisas y al capó".

Cuando se le preguntó por el tiempo que transcurrió desde "cuando Jairo Andrés dejó de tirar piedras" hasta cuando Virgilio Arias sacó el arma, manifestó:

"Eso fue a los segundos, no podría calcular, pero cuando Jairo Andrés dejó de tirar piedras al momento el señor se incorporó del asiento del carro y sacó el arma y disparó. Cuando le pegó el tiro no tenía Jairo Andrés ninguna piedra en la mano". (fls. 42 vto y 43).

Este medio de convicción no contradice la declaración de Gómez Arango, a pesar de ciertas sutiles diferencias. Y tampoco resultó alterado en su contenido por el juzgador. Que Londoño Ramírez aduzca que Jairo Andrés Henao había dejado de lanzar piedras, o que no tuviera una en la mano para cuando los disparos, en manera alguna significa que la agresión hubiera cesado y perdido su carácter de actual e inminente. El agresor continuaba frente al vehículo, acababa de lanzar "piedras de todos los tamaños", todas hicieron blanco en el vehículo y al menos una en la cabeza del procesado, y, en tales condiciones, no existía razón para pensar que no fuera a insistir en la agresión, por lo que el peligro para Virgilio Arias (agachado dentro del vehículo para evitar seguir siendo lesionado y natu-

ralmente tomando el arma de fuego que guardaba en su interior) no se había disuelto. Estas circunstancias, que en manera alguna permiten afirmar la existencia de una apreciable solución de continuidad en el ataque, avalan la necesidad de defensa sostenida por el Tribunal.

Lo expresado por Juan José Moreno Torres (folio 45), no cambia lo dicho en precedencia. A diferencia de los otros testigos expresó que no observó a Jairo Andrés Henao "tirando piedras", pero para cuando los disparos lo vio "...parado frente al carro de Virgilio pero me contaron que él estaba antes de que le dispararan tirándole piedra al carro de Virgilio, me imagino que fue porque le dio rabia porque Virgilio cortó a Jorge Evelio..."

Finalmente, respecto del testimonio de Luz Dolly Muñoz, que le sirvió también al juzgador de segunda instancia para adquirir la certeza sobre la estructuración de la legítima defensa, tampoco es cierto que haya sido alterado en su contenido material, como lo predica el recurrente. Dicha declarante, ajena completamente a los hechos, intervino en dos oportunidades dentro del proceso. En la primera, ante el Fiscal instructor, manifestó:

"...cuando lo agarraron a patadas al señor, dos muchachos que habían entre toda la gente, no sé quiénes son los muchachos (...), pero según dicen son el herido y el muerto, entonces el señor no hacia nada por defenderse, entonces llegó el momento en que el señor del Toyota no aguantó más y sacó una navaja, supongo que dentro del bolsillo, entonces todos se abrieron y ahí fue cuando resultó uno de los muchachos heridos, primero yo lo vi en el piso, y después de esto fue que resultó el muchacho dizque herido, pero yo no lo vi herido, yo escuché que él dijo hijoeputa me dañó, después de esto el señor del carro Toyota se fue y se subió a su carro, y entonces ahí mismo le agarraron a piedra su carro, le tiraba piedra un muchacho de camiseta blanca, y todos corrían, el señor yo vi que se agachó dentro del carro, para favorecerse de las piedras, y ahí fue cuando yo escuché disparos, que salían del carro Toyota donde se había montado el señor..." (fls, 20 vto y 21).

Al final de tal diligencia, cuando el Fiscal le preguntó si primero fue el lanzamiento de las piedras o los disparos, anotó:

"Primero yo escuché y vi las piedras que le tiraban al carro, luego oí los tiros". (fl. 22).

Ante el Juez la testigo mantuvo lo dicho en anterior oportunidad. Sobre el instante final de los hechos, precisó:

"...el señor subió al carro y el muchacho lo agarró a pedradas y entonces el señor levantó la cabeza para ver si ellos se habían ido y fue ahí donde le dieron una pedrada en la cabeza y entonces el señor se agachó y

a lo que él se levantó con una arma de fuego disparó en varias ocasiones..." (fol. 320 vto).

Al final de su relato dijo:

Los muchachos fueron los primeros que agredieron al señor del sombrero, tanto en la primera vez cuando los muchachos le dieron las patadas y puños y él sacó la navaja y cuando el señor se fue para su carro ese muchacho le tiró primero las piedras y fue ahí cuando él empezó a disparar". (fl. 321).

Si se analiza la dinámica misma de la narración, en la cual no existe ninguna fragmentación de lo ocurrido sino, por el contrario, una concatenación de actos expuestos con la misma rapidez como ocurrieron, es claro que el origen de la refriega y su final trágico forman parte de un todo. Por lo tanto le asistió razón al Tribunal al analizar de conjunto todo el acontecer, como una condición sin la cual no estaría claro el entendimiento de lo sucedido.

La testigo, igualmente, dilucida cualquier posibilidad de duda que pudiera plantearse sobre la actualidad de la agresión ejercida en contra del procesado, que necesariamente lo condujo a defenderse. Este se apresuró a su vehículo, Jairo Andrés Henao lo siguió, le lanzó piedras, lo hirió en la cabeza, lo continuó atacando, hizo que tuviera que agacharse para protegerse y acto seguido disparó.

Para la Sala es supremamente manifiesto, entonces, que el pretendido falso juicio de identidad alegado por el demandante no tuvo ocurrencia. Ninguna prueba se distorsionó en su contenido y todas en conjunto, analizadas en forma sistemática como fue la metodología utilizada por el juzgador, inevitablemente conducían a concluir que los elementos necesarios para que se estructurara la legítima defensa estuvieron presentes en el caso examinado, por lo que la sentencia debe ser mantenida.

Sostener, ante las circunstancias vistas, que la agresión de Jairo Andrés Henao ya había cesado, porque no estaba lanzando una piedra cuando los disparos ni poseía en una en sus manos, es hacer un planteamiento en contravía de lo que resultó demostrado en el proceso. El ataque fue continuo y no potencial sino dañino, tan efectivo que causó importantes destrozos al automotor y una herida apreciable en la cabeza del procesado; el agresor no había cesado en su amenaza de seguir causando daño, la cual actualizaba con su presencia y con la actitud permanentemente violenta que había dejado clara con todos los actos que exteriorizó, y a la cual nada indicaba que hubiera renunciado.

En tal orden de ideas, no es aceptable plantear que el riesgo de Virgilio Arias de seguir siendo lesionado o muerto por su atacante se hubiera difuminado y mucho menos, bajo tales circunstancias, que no pudiera

seguirse representando como una realidad presente el peligro que se cernía sobre él. Este existía y con él la necesidad de defenderse.

Debe agregarse, y esto para responder de alguna forma las inquietudes de la no recurrente en representación de Jorge Evelio Henao como parte civil, que la probabilidad de evidenciar un error de hecho en sede de casación, no tiene oportunidad de prosperar cuando la censura no desvirtúa toda la base probatoria sobre la cual fue edificada la sentencia, que por tal motivo, en este caso, permanece incólume.

En conclusión, tal como lo solicitó el Agente del Ministerio Público, se desestimará el cargo y se dispondrá no casar la sentencia objeto del recurso extraordinario.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

INDAGATORIA/ CONCURSO/ PENA

1.- La función de la indagatoria es permitirle a quien la rinde conocer y explicar unos hechos posiblemente delictivos que se le imputan, independientemente de su calificación jurídica, la cual se encuentra reservada para los momentos de la resolución de situación jurídica, la acusación y la sentencia.

2.- En materia de concurso de hechos punibles, (art. 26 del C.P.) la ley dispone que el condenado quedará sometido a la disposición que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto. Ello implica entonces, que el fallador, de entre los varios ilícitos concurrentes, deba seleccionar cuál fue en concreto el hecho punible que ameritaría pena mayor, y para éste efecto debe proceder a individualizar las distintas penas, con el fin de escoger la más gravosa y, posteriormente, decidir en cuánto la incrementa habida consideración del número de delitos concursantes, su gravedad y sus modalidades específicas.

En ese ejercicio debe tener en cuenta no solamente que la pena final no debe exceder el doble de la individualmente considerada como más grave, sino además que ella no puede resultar superior a la suma aritmética de las que corresponderían en el evento de un juzgamiento separado de las distintas infracciones, ni de 60 años de prisión, siguiendo siempre, en el proceso de dosificación individual de cada una de las penas, los criterios que sobre el particular ha venido sentando la Sala en torno a los factores modificadores de los límites legales (menor y mayor) previstos para cada delito, y a las reglas que, a la luz del artículo 61 del C.P., le dan un margen de movilidad racional dentro de los límites mínimo y máximo así deducidos.

Entendidas de ese modo las cosas, cuando concurren delitos cuyas penas mínimas y máximas difieren, la fijación de cuál es el que tiene establecida la sanción más grave no puede quedar reducida a la fórmula de seleccionar el de pena mínima más severa o el de mayor pena máxima. El problema se debe resolver dosificando la pena de cada hecho punible en el caso concreto conforme a los criterios de

individualización del artículo 61 del C.P., y escogiendo como punto de partida el que resulte con la mayor sanción; es sobre ésta pena sobre la que opera el incremento autorizado por el artículo 26 del Código Penal, y su mayor o menor intensidad depende del número de infracciones y de su mayor o menor gravedad individualmente considerados.

Puede suceder perfectamente que en un caso como el examinado (donde los delitos concursales tienen penas de 1 a 10 y de 2 a 8 años) el segundo, es decir el de pena mínima más grave, no ostente la gravedad del primero; y que, aisladamente considerado, amerite la pena mínima de 2 años o una ligeramente superior, al tiempo que el primero merezca una mayor sanción que el anterior. Resultaría absurdo en dicha situación, y es lo que quiere puntualizar la Sala, partir para la dosificación correspondiente de la sanción del delito cuya pena mínima (o máxima) en abstracto, esto es la señalada en el tipo penal, sea la mayor. Esto porque, como se vio, existe la posibilidad de que tasadas las penas por los dos hechos punibles, el de menor pena mínima pueda resultar en concreto mayormente penalizado.

En conclusión, es la pena individualizada de cada uno de los delitos en concurso la que conduce a determinar la base de construcción de la pena total a imponer, sin importar para el caso las sanciones mínimas y máximas previstas en abstracto por los respectivos tipos penales.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de octubre de mil novecientos novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Proceso No. 10987

Aprobado Acta No. 149

VISTOS

Resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Jaime Bonilla Esquivel, contra la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá de abril 27 de 1995, confirmatoria de la del Juzgado 53 Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual condenó al mencionado a 10 años de prisión, multa de $400.000.00, interdicción de derechos y funciones públicas durante 10 años y al pago de $960.608.753.67 por concepto de daños y perjuicios, al hallarlo responsable de los cargos de falsedad, fraude procesal, estafa y tentativa de estafa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Según el Tribunal Superior de Bogotá, durante 1992 fueron presentadas 10 cuentas de cobro ante el Ministerio de Hacienda, equivalentes a $628.650.477.50. La entidad canceló 7 de ellas por un valor de $509.978.477.50 y se abstuvo de hacerlo en relación con las 3 restantes, al descubrir que el total de las obligaciones eran inexistentes.

Varias personas se habían asociado, logrando engañar y defraudar al fisco en la suma anotada. Se valieron de sentencias falsas que figuraban como expedidas por varios Tribunales Administrativos del país y el Consejo de Estado, lo mismo de cédulas de ciudadanía y tarjetas de abogado igualmente falsificadas.

Se dio comienzo al proceso penal y a él resultaron vinculados en calidad de procesados Antonio José Esquivel, Hugo Quintero Sánchez y Jaime Bonilla Esquivel. El primero fue objeto de sentencia anticipada, siendo condenado a cien meses de prisión (8 años y 4 meses). Todos habían sido acusados el 11 de octubre de 1993 por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá (la cual modificó la resolución acusatoria de la primera instancia), como coautores de los delitos de falsedad material de particular en documento público, estafa, tentativa de estafa y fraude procesal, cometidos en concurso.

La fase del juicio le correspondió tramitarla al Juzgado 53 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, el cual, mediante sentencia del 21 de noviembre de 1994, decidió condenar a los procesados Quintero Sánchez y Bonilla Esquivel por los delitos de la acusación, en la forma consignada en los vistos. Y el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, mediante la providencia que es materia del recurso de casación, confirmó el fallo en su integridad.

LA DEMANDA

El defensor del procesado Jaime Bonilla Esquivel le formuló tres cargos a la sentencia.

Primero

Dice el casacionista, luego de invocar la causal 3ª de casación, que a su representado le fueron conculcados los derechos fundamentales de debido proceso y de defensa. Hace referencia, en primer lugar, a la vinculación del imputado al proceso y recuerda que la ley de procedimiento penal exige como condición para ello que se encuentre plenamente identificado. Agrega que en el caso examinado la incriminación en contra del procesado surgió de una llamada anónima (a su parecer constitutiva de prueba ilegal), la cual se refería a Jaime Bonilla Rojas, de profesión contador, y no a Jaime Bonilla Esquivel, de profesión abogado e hijo del ante-

rior. En consecuencia, el Fiscal instructor quebrantó el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal al indagar al segundo y no al primero. Concluye el censor, por lo tanto, que la vinculación de Bonilla Esquivel fue ilegal y ello le ha significado una injusta acusación y condena.

Una segunda irregularidad mencionada por la defensa dentro del mismo cargo tiene que ver con la declaración recibida al señor Jaime Bonilla Rojas. Siendo el padre del procesado no se encontraba obligado a testificar contra su hijo, la funcionaria investigadora no lo previno sobre la excepción constitucional y así las cosas resultó vulnerado el debido proceso, especialmente si se observa que del relato del declarante "...se extrajeron datos incriminatorios en contra de Bonilla Esquivel".

Dice el casacionista, de otra parte, que su defendido fue condenado a 10 años de prisión "...por unos cargos realizados en la indagatoria de manera genérica, abstracta y abstrusa...", los cuales "...no iban dirigidos contra el sentenciado". Los hechos que se le imputaron "...no fueron concretos, individualizables ni discriminados", por lo que se le vulneró el derecho de defensa. Y como en la diligencia no le exhibió uno solo de los documentos reputados como falsos, como la Fiscalía omitió preguntarle "sobre estos concretos cargos" (falsedad y uso de los documentos con el consiguiente provecho económico), resultaron igualmente contrariados los derechos de contradicción e impugnación.

También señala el demandante que la Fiscalía en segunda instancia sorprendió a Bonilla Esquivel al acusarlo de fraude procesal, una incriminación "...que jamás conoció". Se violó, además, "...el *non bis in idem* ... pues por un mismo hecho o circunstancia se estructuraron dos delitos, en su indagatoria Jaime Bonilla Esquivel nunca conoció de este específico cargo como de ningún otro, pues todo se hizo en abstracto y ello indudablemente constituye una afectación grave al derecho de defensa pues no sabía de qué se defendía el procesado, si no se le individualizaron una a una las conductas que hoy son base de una sentencia condenatoria. Nadie puede ser condenado por cargos abstractos, genéricos, confusos y abstrusos. Lo que el legislador penaliza es una conducta concreta, individual, discriminada. De allí la garantía del principio de tipicidad".

Para demostrar lo precedente el censor señaló que sobre los delitos investigados sólo se le hicieron dos preguntas, ambas abstractas, a Bonilla Esquivel. Las transcribe y cita como fuente los folios 292 y 293 del cuaderno de copias #4. Además, califica de antitécnico el interrogatorio porque "...no se hizo cargo concreto y discriminado alguno". "Primero, porque la imputación no iba dirigida contra Jaime Bonilla Esquivel (sino contra Jaime Bonilla Rojas) ... , y segundo, porque solamente se le endilgó en forma absolutamente genérica 'estar falsificando sentencias'. No existe constancia procesal de que se le haya exhibido al imputado siquiera una de las sentencias administrativas falsas. Tampoco existe certificación pro-

cesal de que se le hubiese preguntado por la falsedad de la tarjeta profesional y la cédula con las cuales se hacían las timaciones al fisco nacional. De ello nada aparece constatado en el plenario, lo cual nos anima a pensar que se ha violado ostensiblemente la ley procesal penal vigente", concluye el demandante.

La petición es, entonces, que se declare la nulidad de lo actuado a partir de la diligencia de indagatoria.

2º Cargo

Lo postula el casacionista con sustento en la causal 1ª del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, al haberse incurrido en la sentencia en violación indirecta de la ley sustancial, originada en error de hecho al tergiversar el juzgador "...el sentido de la prueba indiciaria". Aduce que el juzgador "...erró y desvió el juicio de identidad y el proceso de inferencia lógica, obteniendo, caprichosa y arbitrariamente, la certeza legal para condenar, lo cual torna ilegítima la sentencia impugnada".

Señala el casacionista los siguientes yerros en que a su parecer incurrió el Tribunal:

a. "ERROR DE HECHO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL INDICIO MATERIAL DE LA LLAMADA ANONIMA Y EL FORMATO DE CUENTA DE COBRO".

Recuerda el demandante que una llamada anónima, la que fundamentó el allanamiento de la oficina de Jaime Bonilla Esquivel en el marco del cual se encontró en su escritorio un formato sin diligenciar de cuenta de cobro del Ministerio de Hacienda, no se refería exactamente a este sino a Jaime Bonilla Rojas. Esa llamada, agrega, la tomó el juzgador como hecho indicador (cfr. fl. 20 del fallo), cuando no ha debido suceder así porque era anónima, no se comprobó su procedencia y carecía por lo tanto de legalidad "...por cuanto no fue decretada, grabada y controvertida en el plenario". Puntualiza, en suma, que la prueba del hecho indicador debe lograrse con una prueba legalmente decretada y practicada. Y la llamada, de otra parte, no se refería a Jaime Bonilla Esquivel, lo cual permite colegir que el hecho indicador no fue plenamente probado.

Sobre el formato de cuenta de cobro dice el recurrente que el mismo no le interesaba a la investigación. El allanamiento –según la resolución mediante la cual se ordenó—estaba orientado a la búsqueda de "...sellos o formatos de sentencias de Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado y no en blanco. Además, su posesión y por cualquier ciudadano le quita el carácter de conducente".

Señala, además, que la simple tenencia del formato de cuenta de cobro a su criterio no conducía a la demostración del delito, por lo cual falló el juzgador en el proceso de inferencia lógica. En la construcción del indi-

cio, de otro lado, el Tribunal dejó de valorar la comunicación del Ministerio de Hacienda (fl. 598 c. 7), de acuerdo con la cual un formulario así podía obtenerlo cualquier ciudadano. Es decir omitió apreciar una circunstancia que le quitaba entidad al hecho indicador y por lo tanto calidad de conducencia al indicio de la tenencia del formulario.

"Doble, pues, expresa el censor, es el reproche que se hace a la sentencia en este punto concreto: error de hecho en la construcción del hecho indicador y error de hecho por falta de apreciación de una prueba que desvirtuaba y dejaba sin existencia legal el supuesto hecho indicante tomado en cuenta por el sentenciador en orden a construir un indicio grave de responsabilidad. En ese sentido también falló el proceso de inferencia lógica pues ninguna relación presenta la tenencia del formato y el hecho indicado. Este error esencial, a la larga, vino a incidir en la condena de Jaime Bonilla Esquivel, agravio grave que le reporta hoy una pena de 10 años de prisión".

Para el casacionista, además, el juzgador no estuvo convencido de la plena prueba del hecho indicador al señalar en la sentencia que el declarante Amézquita "lamentablemente" no fue interrogado sobre el formulario en cuestión.

El Tribunal Superior de Bogotá, además, agrega el recurrente "...tergiversa, muta y cambia un dato procesal que fue utilizado para construir un hecho indicador: el número de la cédula de Jaime Bonilla Rojas, adverando que su número de cédula es el 19.213.542, tergiversación que se refiere también al documento emanado de la comisión investigadora de la Procuraduría General de la Nación y no el que realmente exhibió el día de su declaración que corresponde al número 1.562.999 expedida en Bogotá.

"El plenario demostró plenamente que el número de la cédula y el lugar de expedición de Jaime Bonilla Rojas, padre del sentenciado, no corresponde al número asignado a Jaime Bonilla Rojas y por lo tanto este error de hecho por falso juicio de identidad repercute en la construcción del hecho indicador, dando lugar al quebrantamiento de la regla 302 del Código Penal Procesal, error que influyó en la obtención de la certeza para condenar, lo cual, indudablemente ha causado un agravio al injustamente condenado.

"El doble error del sentenciador de desconocer el contenido de un documento público (el informe de la Procuraduría) y la suposición que hizo de que el señor Jaime Bulla Rojas es en realidad Jaime Bonilla Esquivel, quebranta el deber jurisdiccional de demostrar plenamente el hecho indicador".

Tampoco el Tribunal demostró con pruebas legales que a Jaime Bonilla Esquivel se le haya reconocido su judicatura el 18 de junio de 1992,

con lo cual "...el presunto hecho indicador" fue construido de manera indebida.

La tenencia del formato de cuenta de cobro, de otra parte, fue tomada por el juzgador para derivar dos indicios, con lo cual quebrantó el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto, para demostrar la impropiedad, el impugnante cita el siguiente aparte de la sentencia:

"El formato en cuestión (...) si se capitaliza como elemento fundamental significativo en cuanto postula a Bonilla como probable artífice de la acción en la medida de no poder explicar su tenencia y destinación (fol. 21 de la sentencia)".

"Si el indicio material lo construyó el fallador a partir de la tenencia injustificada del formulario, reflexiona el casacionista, queda claro entonces que no se trata de un indicio material sino uno distinto como es la conducta procesal (mala justificación)".

Pero como ocurre que el "supuesto indicio de mentira" no fue demostrado en el proceso con otra prueba, el Tribunal construyó dicho indicio a partir de la inferencia "...lo cual se está prohibido por la doctrina y la jurisprudencia" y así no era posible derivar en contra de su representado el indicio de mala justificación. Resultaron quebrantados, entonces, los artículos 300, 301 y 302 del C. De P.P.

b. "ERROR DE HECHO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL INDICIO DE 'MANIFIESTACIONES ANTERIORES Y POSTERIORES AL DELITO' ".

Dice el casacionista que el juzgador "quiso construir un hecho indicador a partir de la delación que Antonio José Esquivel hiciera contra Miguel Ángel Amézquita" (fol. 559 del c. 7), de acuerdo con la cual lo señaló como el autor intelectual de los delitos investigados.

"El sentenciador –precisa el recurrente—cambia el sentido de la prueba, distorsiona y tergiversa su contenido. La prueba, en su sentido natural, demuestra que sólo sirve para acusar a Miguel Ángel Amézquita pero la interpretación del juzgador que le da es totalmente distinta porque le hace decir una cuestión totalmente distinta a la que naturalmente enseña". Es decir, la hace aparecer como si incriminara a Bonilla Esquivel, errando el Tribunal al derivar conclusiones de la delación respecto a una persona que no es mencionada por el delator.

Dicho extravío jurídico de la Sala Penal del Tribunal, como lo califica el demandante, comporta error manifiesto de hecho que sin duda influyó en la orientación de la sentencia. El proceso de inferencia lógica fue equivocado, al hacer aparecer una circunstancia incriminatoria contra Bonilla Esquivel que sólo afectaba a otra persona. "Este juicio de identidad genera un patente error de hecho. La deformación del hecho indicador constituye un motivo de ilegalidad de la sentencia recurrida en casación", afirma el censor.

El Juzgador estimó posible extender dicho indicio a Jaime Bonilla Esquivel en cuanto, sin justificación atendible, apareció recibiendo $550.000.00 de Miguel Ángel Amézquita. "Esta afirmación procesal –aduce el demandante—tampoco está demostrada y no corresponde a la verdad pues tanto Jaime Bonilla Esquivel como Miguel Ángel Amézquita pudieron probar la legalidad de la transacción", sin que sus dichos hayan sido desvirtuados en el proceso. Ellos explicaron satisfactoriamente que se trató de un préstamo y al no estar dicho evento desvirtuado, ". no se puede hacer deducción distinta a no ser, como lo hizo el sentenciador, que se altere el contenido probatorio, lo que genera un vicio de legalidad en la edificación del indicio de responsabilidad", enfatiza el censor.

c. "ERROR MANIFIESTO DE HECHO EN LA CONSTRUCCION DEL INDICIO DE PRESENCIA. CONFUSION DEL SENTENCIADOR ENTRE INDICIO DE PRESENCIA Y DE CAPACIDAD MORAL PARA DELINQUIR. DEMOSTRACION DEL YERRO PROBATORIO Y DEL AGRAVIO IRROGADO AL SENTENCIADO".

Para el casacionista, en primer lugar, fue grave que el Tribunal haya comenzado a analizar el indicio de presencia en el lugar de los hechos y resultara desviando el examen hacia una circunstancia moral, consistente en la calidad intelectual de su representado, de ser egresado de derecho.

Transcribe un párrafo de la sentencia en el que el Tribunal expresa que el indicio de presencia el *a quo* no lo refirió ". a un hecho o acto en concreto de los tantos que caracterizaron la acción criminal...", sino al hecho de que la organización delictiva requirió la presencia, para la elaboración de los fallos falsos y la orientación de su trámite en el Ministerio de Hacienda, de una persona conocedora de la disciplina jurídica, circunstancia en la cual encaja Bonilla Esquivel "...egresado de la facultad de derecho y exfuncionario de la Rama Jurisdiccional, sin que por no indicarse qué acto o actos en particular realizó no pueda pregonarse su participación principal".

Censura el demandante, entonces, en primer lugar, la construcción de la prueba indirecta examinada, ya que el indicio de presencia en el lugar de los hechos nada tiene en común con el indicio moral o personal llamado de capacidad intelectual para delinquir. Y resulta tan evidente la impropiedad que a criterio del defensor carece de sentido profundizar sobre el particular.

En segundo lugar, la presencia permanente de Jaime Bonilla Esquivel en la oficina de Antonio José Esquivel –hecho indicador—no está plenamente demostrada y de allí que el sentenciador haya errado en la construcción del indicio.

A criterio del casacionista para que sea predicable el indicio de presencia, el mismo debe referirse a un momento concreto, o a un sitio determi-

nado y a una hora establecida, de donde no entiende que el Tribunal haya construido el hecho indicador a partir de un espacio temporo-espacial tan amplio.

Además, agrega, el juzgador tergiversó las declaraciones de Rosalba Cárdenas y Luz Stella Castaño. Estas no hicieron referencia a haber visto a su representado permanentemente en la oficina de Antonio José Esquivel o Manuel Hurtado Hurtado y ni siquiera lo ubican allí en una sola oportunidad. Entonces, si se coteja el dicho de las exsecretarias de Hurtado Hurtado y lo afirmado por el juzgador, se concluye que éste tergiversó el contenido de sus declaraciones dándoles un sentido que no tienen.

"La misma Sala admite como cierto –dice el censor— (...) que 'la testigo en su testimonio rectifica la versión en el sentido de no haber dicho que vio a Bonilla Esquivel visitando la oficina del abogado Hurtado Hurtado, sino simplemente que lo vio en el edificio'..." (fol. 30 del fallo). El hecho indicador, entonces, insiste el impugnante, no fue plenamente demostrado, así tal circunstancia la haya justificado el Tribunal aduciendo temor de la declarante.

El no reconocimiento en fotografía de Jaime Bonilla Esquivel por parte de la testigo Marisol Castaño, añade el censor, es el comienzo del desmoronamiento de la construcción del hecho indicador tendiente a demostrar la presencia de su representado en la oficina de su tío, es decir la escena donde se cometieron los delitos objeto del proceso.

"No es cierto, entonces, concluye la defensa, que el hecho indicador de la presencia en el lugar de los hechos investigados (la oficina donde se falsificaban sentencias administrativas) esté probado. El sentenciador tergiversó, cambió y mutó el caudal probatorio, dando lugar a un manifiesto error de hecho por falso juicio de identidad que influyó en la obtención de la certeza de la responsabilidad del recurrente causándole un notable perjuicio consistente en una condena de 10 años de prisión..."

La declarante Rosalba Cárdenas a juicio del demandante tampoco sirvió para demostrar la presencia de su defendido en la oficina anotada. Ella adujo que en ningún momento había afirmado que Bonilla Esquivel hubiera ido allá, sino que alguna vez lo había visto en el edificio (fol. 513 c. 4).

El fallador, de otra parte, quebrantó la ley penal procesal al construir el indicio de presencia acudiendo a un medio probatorio ilegal. Se trató de "un presunto" reconocimiento fotográfico realizado por la testigo Luz Stella Castaño. Del mismo no existe acta en el proceso, se violó el artículo 369 del Código de Procedimiento Penal al no realizarse en presencia del defensor, del Ministerio Público y sobre el número de fotografías que impone la ley. A la testigo sólo le fue puesta de presente una fotografía. Esta diligencia es para el censor, entonces, nula de pleno derecho de acuerdo con el

artículo 29 de la Constitución Nacional, "...siendo imposible legalmente construir un hecho indicador a partir de lo que carece de validez legal".

En conclusión, el sentenciador conculcó los artículos 300 y 302 del Código de Procedimiento Penal, pues dio por probado un hecho indicador que nunca lo fue. Por la misma razón, en consecuencia, falló el proceso de inferencia lógica y, entonces, ante tal error manifiesto, la sentencia debe invalidarse.

d. "ERROR DE HECHO EN LA ELABORACION DEL HECHO INDICADOR REFERENTE AL INDICIO DE INCREMENTO PATRIMONIAL INJUSTIFICADO'. OMISION DE PRUEBAS DEL IMPUTADO PARA INFIRMAR EL PRESUNTO INDICIO.

Pasa el recurrente a señalar que el Tribunal le imputó a Jaime Bonilla Esquivel no haber justificado la propiedad de varios bienes. Este en su indagatoria explicó que los automotores que poseía eran sólo en un 50% (la otra mitad pertenecía al señor Guillermo Páez), que estaban pignorados y pagaba cuotas mensuales a la FES y a Coopdesarrollo. Y justificó el incremento en su patrimonio a causa de la venta de una finca que tenía con su progenitor en el municipio de Carmen de Apicalá.

"Como ya se vio –dice la defensa –en la ilegal versión tomada al señor padre de Bonilla Esquivel, este caballero no fue preguntado por la venta específica de la finca. De ello se pretende endilgar contradicciones con el dicho de su hijo y erigir un indicio. Por invalidez del testimonio de Jaime Bonilla Rojas esto no es posible legalmente por cuanto para edificar un hecho indicador la prueba que da origen al mismo debe ser legal. De otra parte, la Corporación tribunalicia (...) omitió analizar los documentos presentados por el imputado, lo cual constituye otro error de hecho manifiesto que da lugar a pulverizar la existencia del hecho indicador del incremento patrimonial injustificado que, como manda la ley, debe probarse plenamente".

El procesado explicó en forma pormenorizada, en la indagatoria visible en el folio 285 del cuaderno 4, los préstamos adquiridos para comprar los vehículos de su propiedad y el sentenciador omitió analizar y confrontar esa versión. También omitió examinar los documentos aportados por la defensa y que se encuentran a folio 469 y siguientes del citado cuaderno #4, lo cual constituye un ostensible error de hecho que influyó "...en la obtención artificiosa de la certeza legal para condenar..." Resalta el demandante en especial los documentos que aparecen paginados con los números 471 al 478, los cuales a su juicio prueban que no existió incremento patrimonial indebido.

e. "ERROR DE HECHO CONSISTENTE EN LA FALTA DE APRECIACION DE LAS PRUEBAS QUE FAVORECEN AL PROCESADO.

La pruebas que favorecían a su representado, expresa el defensor, "...dejaron de ser apreciadas en la sentencia...". Y si así no hubiera sucedido el fallo habría sido absolutorio.

Se refiere, en primer lugar, a la cotejación de la letra de Bonilla Esquivel con las grafías de los documentos falsificados, prueba que lo descartó como autor. Dicha evidencia grafológica y otra dactiloscópica que arrojó resultados negativos para la presencia de huellas del procesado y que señala su inocencia (pruebas indiciarias de descargo, como las denomina el casacionista), dejó de apreciarlas el juzgador sin justificación alguna y ello configura un manifiesto error de hecho, que junto con los demás planteados, hacen la sentencia "...ilegítima, ilegal e inválida jurídicamente".

Expresa el recurrente, para finalizar, que "con tantos errores en la apreciación de la prueba, el sentenciador obtuvo ilegalmente la certeza legal para condenar...", quebrantando el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal y, además, los artículos 2°, 3°, 5°, 21, 182, 220 y 356 del Código Penal.

Tercer cargo (subsidiario)

Otro error ostensible de la sentencia, anota el censor, consiste en la interpretación errónea de varios preceptos de la ley penal sustantiva reguladores de la pena. Dice que la que se le impuso a su representado (10 años de prisión) fue ilegal.

Primero porque se tuvo una misma circunstancia o hecho –las maniobras o artificios engañosos—para derivar los delitos de estafa y fraude procesal, con lo cual resultó violado el principio constitucional del *non bis in ídem*. "Los mismos artificios o engaños considerados para el delito contra el patrimonio económico fueron tenidos en cuenta para el punible contra la administración de justicia...", lo cual comporta quebrantamiento de la punibilidad por computar doblemente un mismo hecho.

El sentenciador, por otra parte, excedió los límites impuestos por la ley para tasar la pena, vulnerándose así los artículos 61 y 26 del Código Penal. Debía partir, según la defensa, de los dos años de prisión a que se refiere el artículo 220 del Código Penal, incrementándola en una porción permitida por la ley, que a su juicio podrían haber sido dos años más. Arbitrariamente, sin embargo, sin ninguna explicación y suficiente motivación legal del por qué tomaba en cuenta esa pena para el delito de falsedad, el juzgador partió de 80 meses.

"Para el honorable Tribunal de Santafé de Bogotá –precisa el casacionista—la pena aplicable hacia relación a la estafa por tener la pena más alta de prisión fijada en 10 años. Consideramos errado el criterio del sentenciador colegiado pues lo que se debe tener en cuenta es la pena básica, lo cual significa que el punible de mayor entidad es el de falsedad en documento público cometido por particular. La misma Sala admitió a

folio 12 de la sentencia, que 'el quantum del delito base que el *a quo* justipreció más grave puede mostrarse excesivo'.

"Nos asiste, entonces, la razón en el sentido de afirmar que caprichosamente se partió de 80 meses de prisión y en la misma forma se incrementó hasta 10 años de prisión la pena impuesta".

Según el recurrente resultó violado, igualmente, el artículo 67 del Código Penal que prohíbe imponer el máximo de pena, cuando concurren circunstancias de atenuación punitiva. Bajo tal presupuesto, la ley no autorizaba al juzgador para sancionar con 10 años de prisión a su representado, si se tiene en cuenta que la pena máxima para el delito más grave, el de falsedad, era sólo de 8 años.

De otra parte, concluye el casacionista, "si el delito más grave es el de estafa, entonces la sentencia omitió aplicar la circunstancia de agravación punitiva contemplada en el artículo 372, numerales 1 y 2 del Código Penal, la cual hubiera dado lugar apenas a que de un año de prisión, que es la pena básica, se elevara máximo en la mitad, es decir en 6 meses para quedar la pena en 18 meses de prisión porque nada se dijo de las circunstancias genéricas que la haría incrementable hasta en 80 meses.

"Este tópico subsidiario fue abordado por otro apelante y a juicio nuestro la sala de decisión se equivocó en la cuantificación de la pena, apareciendo ella como caprichosa y arbitraria cuando debía basarse en lo dispuesto en la ley sustantiva".

Las peticiones del demandante, en su orden, son, entonces, que se anule la sentencia condenatoria por irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso y por la violación del derecho de defensa; que se case la misma por absoluta falta de certeza legal para condenar y se absuelva a su representado de los cargos por los cuales fue acusado; o que se case parcialmente el fallo en cuanto a la pena impuesta.

Concepto del Procurador 2° Delegado en lo Penal:

Primer Cargo

Se refirió el Procurador a los distintos motivos invocados por el censor, al amparo de la causal tercera de casación, en el siguiente orden:

1. Irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso

Sobre la primera de ellas, consistente en que los cargos del ente acusador fueron genéricos y referidos a persona distinta del indagado, considera que no le asiste razón al libelista pues sus reproches no logran demostrar la manera como se presentan dichas vulneraciones. Olvida, además, que en la diligencia de allanamiento practicada en la oficina del procesado fueron encontradas en el escritorio de Jaime Bonilla Esquivel hojas en blanco de uso oficial y un formato de cobro ante el Ministerio de

Hacienda, por lo que se hacía necesario aclarar su tenencia por parte del procesado, la que nunca logró explicar. Conforme a lo anterior, de cara a los presupuestos del artículo 352 del C de P.P., no se ve cómo se afectó el debido proceso, pues eran más que suficientes los Antecedentes y circunstancias para indagar a Bonilla Esquivel.

Tampoco le resulta admisible atacar la declaración del padre del procesado por no hacerle conocer el contenido del artículo 283 del C. de P.P., toda vez que esta nulidad se erige como una formalidad *in extremun* que no conlleva a una irregularidad. Además, del texto de la diligencia se desprende que el omitido requisito en efecto se surtió y si, como allí aparece, se encontraba presente la defensora del procesado esta pudo, eventualmente, haber dejado constancia de la omisión. Pero en el evento de considerarse que en efecto se incurrió en la falencia, ella sería atacable por la vía del error de derecho por falso juicio de legalidad.

Sin embargo, que por ninguna de las dos vías prospera la censura, pues en nada resultó afectada la estructura del proceso ni de la sentencia.

Manifiesta el Procurador que no es cierto que de la declaración de Bonilla Rojas se extrajeran datos incriminatorios contra Bonilla Esquivel. Allí el declarante se limitó a responder sobre sus datos personales etc., y precisamente cuando informa sobre los vínculos económicos con su hijo, aporta una información que luego de ser confrontada con la indagatoria del procesado, genera una serie de inconsistencias y contradicciones que no pudo explicar, lo que permite concluir que fue el procesado quien ofreció los datos incriminatorios y no su padre.

2. Irregularidades que afectan el derecho de defensa

Sobre la "falta de concreción en los cargos endilgados en la indagatoria", considera que tal afirmación no se compadece de manera alguna con el estadio procesal dentro del cual se surte, ni con vulneraciones que afectan el derecho de defensa. Distinto es si esa ambigüedad incriminatoria se extiende a etapas procesales posteriores que por su naturaleza y principios son más exigentes, lo que tampoco sería de recibo, en atención a los principios de publicidad y contradicción que rigen el proceso penal, permitiendo de esa manera un legítimo derecho a la defensa.

Por lo tanto, solicita el Agente del Ministerio Público que se desestime el cargo.

Segundo cargo

Presentó el Procurador un análisis generalizado de los numerales planteados con respecto a la prueba indiciaria, advirtiendo de entrada el completo desconocimiento que denota el libelista respecto de la técnica en sede de casación para este tipo de reproches, pues involucra en el mismo

cargo ataques al hecho indicador y al proceso de inferencia lógica, los que no son dables interconectar tratándose de esta prueba tan compleja.

Que el casacionista, al proponer errores de identidad y de legalidad, a los que involucra con supuestos hechos indicadores y su inferencia lógica, termina esbozando planteamientos ilógicos e inexaminables.

Así entonces, la censura por "error de hecho en la construcción del indicio material de la llamada anónima y el formato de cuenta de cobro. Equivocación de su inferencia lógica", advierte la Delegada que el casacionista desvía el error de hecho hacia el error de derecho por el falso juicio de legalidad, lo que se torna impropio alegarlo a la vez.

De otro lado, sobre la llamada anónima, aclara que si bien la sentencia se refiere a ella dentro de un acápite intitulado "4.1.1. Indicio Material" también lo es que no fue considerada como tal en la valoración indiciaria del Tribunal. Por lo tanto, los planteamientos del censor se salen del contexto de lo que fue acogido por el sentenciador de segundo grado como hecho indicador como lo fue el 'formato de la cuenta de cobro de obligaciones a cargo de la Nación, exactamente de los mismos que se emplearon para la defraudación del Ministerio de Hacienda...' y que fuera encontrado en la oficina de Jaime Bonilla Esquivel.

Manifiesta el Procurador Delegado, de otra parte, que la calificación de "prueba inconducente" dada por el libelista al documento encontrado en el allanamiento, es una apreciación que se queda en el plano de lo subjetivo, pues en nada se ocupa de demostrar cómo el fallador atropelló la lógica, la vía inferencial, trasegando por los caminos de la suposición conjetural o del absurdo respecto de las reglas de la sana crítica.

Al plantear el libelista que 'la deformación material del sentenciador de este hecho (error de hecho por falso juicio de identidad) genera en principio un quebrantamiento indirecto de la ley sustancial al error el funcionario en la construcción del hecho indicante', incursiona en argumentaciones contradictorias frente al rigor de la técnica que en casación se ha de tener cuando de ataque a indicios se trata, pues no le es permisible atacar de manera conjunta el proceso de inferencia lógica con el hecho indicador, en cuanto a errores en la construcción del mismo.

Conforme a las falencias de técnica, considera que el casacionista olvidó que el hecho indicador es objeto de prueba y que como tal, en referencia a lo conocido o demostrado no se refiere a una demostración probatoria en punto a un máximo grado de certeza probatoria del mismo, sino que para la predicación del hecho indicador, son suficientes principios de prueba.

Agregó que los hechos no constituyen soporte para derivar valoraciones indiciarias, pero para que ello suceda así es necesario entrar a explicar el por qué de la casualidad del hecho o de lo fenomenológico; explica-

ciones que a juicio del Tribunal no dio Bonilla respecto a la tenencia y destinación del referido formato; lo que conlleva una vez más al fracaso de la censura.

Frente al argumento del casacionista de que 'El sentenciador no estuvo convencido de la prueba plena del hecho indicador como lo demuestra el aserto vertido por la Honorable Sala en decisión al folio 24 de la sentencia impugnada', dice que se queda como un planteamiento solitario y en nada confronta la valoración indiciaria, ni desde la perspectiva del hecho indicador, como tampoco desde la óptica de la inferencia lógica.

Para esa representación del Ministerio Público los argumentos relativos al número de cédula de ciudadanía de Jaime Bonilla que, según el casacionista, el Tribunal tergiversó, y que cambió y mutó dicho dato procesal para construir un hecho indicador, resultan ligeros e inconexos frente a todo el indiciario que condujo a la plena individualización e identificación del citado procesado y su argumento no se acoge en lo más mínimo a la técnica que se debe tener y respetar en casación cuando de valoración indiciaria se trata.

Resalta entonces, cómo el libelista habla de un falso juicio de identidad que proviene de un trastoque de números de cédulas y habla de error en la construcción de un hecho indicador, pero omite puntualizar a cuál de ellos se refiere. Resaltó luego el aparte pertinente del fallo censurado, para demostrar que el casacionista no logra afectar lo que por vía de inferencia dijo el Tribunal acerca de la individualización de Jaime Bonilla Esquivel, como igualmente sucede con los posteriores argumentos del libelista como el que se refiere al presunto indicio derivado de la tenencia del formato, con el que nada logró controvertir o infirmar lo sostenido por el juzgador acerca de la "Doble contabilización de indicio".

Subraya la Delegada que "de cara a la totalidad de los cargos y el enlace o complementos que interrelacionadamente se trenzan las valoraciones indiciarias, en teoría de los indicios, es un postulado cierto 'que el hecho indicador es indivisible y que sus elementos constitutivos no pueden tomarse separadamente como indicadores', pero el hecho indicador como tal y de acuerdo a la totalidad de la valoración indiciaria se puede nexar con varias dinámicas de conducta, lo que no significa que se construyan duplicidades o triplicidades indiciarias. Sencillamente el hecho indicador como único, de cara a la conducta singular investida puede por complementos o enlaces, apuntar a indicar una o varias dinámicas de acción, y con ello no se violenta ni la estructura básica del indicio, ni la lógica del mismo".

Se ocupa luego de la censura por "Error de hecho en la construcción del indicio de manifestaciones anteriores y posteriores al delito", sobre la cual anota que el casacionista pretende cuestionar un indicio de manifestaciones anteriores y posteriores al delito, derivado de la incriminación

que Antonio Esquivel le hiciera a Miguel Ángel Amézquita, delación que no se refiriera a Jaime Bonilla Esquivel. Observa que no hay ninguna tergiversación por parte del Tribunal, el cual parte de la inculpación que se hace a Antonio Esquivel y en la que incrimina a Miguel Ángel Amézquita pero, en la inferencia lógica, con respecto a Jaime Bonilla Esquivel no trasegan por ninguna tergiversación de la mencionada delación, como lo demuestra con el aparte pertinente de la sentencia que trae a colación. A juicio de la Delegada, el cargo se sale de su contexto y por lo tanto no debe prosperar.

En similares circunstancia se encuentra la censura por "Error manifiesto de hecho en la construcción del indicio de presencia. Confusión del sentenciador entre indicio de presencia y de capacidad moral para delinquir", pues tal confusión no se presentó. Lo que el Tribunal hizo fue resaltar que el indicio de presencia no se refería a un hecho o acto concreto de tantos que caracterizaron la acción criminal, sino que relacionó la presencia con aptitudes personales del indiciado y de cara al punible investigado como en efecto debe efectuarse en tratándose de valoración indiciaria, pues la presencia como tal, por sí sola, no dice nada. Esta debe evaluarse e interrelacionarla al papel funcional que ha tenido el sujeto en la comisión de los hechos en la que incidirá también la capacidad personal y aptitudes, para establecer por la vía de la inferencia lógica si encuadra o no dentro de lo investigado.

Las críticas de la Procuraduría frente a otros reproches, como el relativo a que "...el fallador quebrantó la ley penal adjetiva toda vez que constituyó un supuesto indicio de presencia recurriendo a un medio probatorio ilegal cual fue un presunto reconocimiento fotográfico del cual no existe acta en el protocolo y que a primera vista aparece violando lo dispuesto por el artículo 369 del C de P.P." y el concerniente a la existencia de un "error de hecho en la elaboración de un hecho indicador referente al 'indicio de incremento patrimonial injustificado...omisión de pruebas aportadas por el imputado para infirmar el presunto indicio', se basan en las falencias de técnica por la mixtura de los argumentos de los diferentes tipos de errores en la apreciación probatoria, lo que se torna impropio y excluyente.

Así mismo, en cuanto al cargo elevado al amparo de la misma causal por falta de apreciación de las pruebas, comenta el Delegado que el libelista se limitó a referirlas de manera generalizada sin especificar su trascendencia e información de la doble presunción de acierto y legalidad ni en cuanto a la evidencia del in dubio pro reo. Que aún en el caso de llegarlas a aceptar como 'pruebas indiciarias de descargo' individual o conjuntamente consideradas no contienen la entidad suficiente para desvirtuar el caudal probatorio indiciario contenido en el proceso.

Por lo anterior considera que el reproche no debe prosperar.

Tercer cargo

Manifiesta el Procurador Delegado que esta censura no merece mayores consideraciones, pues en ella se resalta la ausencia de los requisitos de forma y contenido, toda vez que el libelista entremezcla la violación directa de la ley sustancial con las causales de nulidad, lo cual lo torna ilógico e inexaminable. Agrega que de aceptarse la hipótesis de la interpretación errónea de la ley sustancial, olvidó consignar la manera como el Tribunal recortó o extendió la normatividad acusada, acudiendo a planteamientos netamente subjetivos en los que antepone su concepción sobre la pena básica y la pena imponible, para tratar de desvirtuar sin lograrlo— la doble presunción de acierto y legalidad que acompaña la decisión del Tribunal.

Finalmente, mediante la trascripción del aparte pertinente, demostró que los planteamientos expuestos por el casacionista en la audiencia de sustentación oral del recurso de apelación se identifican plenamente con el cargo ahora propuesto y fueron resueltos en su oportunidad por el Tribunal.

Solicitó el Procurador, en consecuencia, la desestimación del cargo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Cuestión previa

En el término de traslado a los no recurrentes el defensor del procesado Hugo Quintero Sánchez presentó un memorial a través del cual solicitó "que se acceda literalmente a la demanda de casación" y en especial a la declaración de nulidad solicitada, tanto en favor del recurrente como de su representado. La Sala, por obvias razones, no hará ninguna referencia al mismo.

En primer lugar, es evidente que carece de interés para coadyuvar la demanda. Y, en segundo, si a lo que aspiraba era a plantear circunstancias en beneficio de su cliente, ese ejercicio ha debido hacerlo recurriendo en casación y presentando la correspondiente demanda, en lugar de pretender, prevalido de la calidad de no impugnante, que la Corte se refiera inclusive a puntos que no fueron contemplados en el libelo presentado por el defensor del procesado Jaime Bonilla Esquivel.

Sobre el cargo de nulidad

En el primer reproche, al amparo de la causal 3ª de casación, el recurrente estima que fue ilegal la vinculación de su representado al proceso. Simplemente porque los Antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación, indispensables para su vinculación procesal, estaban referidas a Jaime Bonilla Rojas y no a Jaime Bonilla Esquivel. Y, de otra parte, los cargos que se le realizaron a éste en la indagatoria fueron genéricos y le imposibilitaron el derecho de defensa.

Es cierto que la Procuraduría recibió una llamada anónima el 2 de septiembre de 1992, de cuya existencia dio cuenta en el informe evaluativo del 1° de noviembre del mismo año. El contenido de la misma fue que los funcionarios de la División Jurídica del Ministerio de Hacienda, junto con Edilberto Álvarez Guerrero y Jaime Bulla Rojas, eran los autores de la falsificación de las sentencias judiciales que sirvieron de apoyo para la defraudación del fisco nacional (fol. 36 c. 4). De dicho informe se dio curso a la Fiscalía el 21 de diciembre de 1992 y al siguiente día la Procuraduría le comunicó al Fiscal asignado para la investigación del caso que la información suministrada por el anónimo hacía referencia no a Jaime Bulla Rojas, sino a Jaime Bonilla Rojas, contador de profesión, cuya oficina estaba ubicada en la carrera 7ª #17-01 y era la número 617.

En el caso extremo de que en dichas circunstancias, sin otros elementos de juicio, hubiera procedido el instructor a ordenar la vinculación equivocada de Jaime Bonilla Esquivel, hijo de Jaime Bonilla Rojas (y no de éste que era contra quien surgía la imputación de la persona anónima), dicha inconsecuencia no acarrearía nulidad. La misma seguramente hubiera quedado establecida a través de los medios de prueba allegados al proceso y en esa medida, para solucionar el acto irregular, habría bastado dictar preclusión a favor de la persona injustamente vinculada.

De entrada, pues, acudir al planteamiento de la nulidad en una hipótesis como la postulada, aparece absurdo desde la óptica del procedimiento penal. Y lo es más cuando se comprueba que la orden de recepcionar indagatoria a Bonilla Esquivel no surgió exclusivamente, como lo presenta el casacionista, de la llamada anónima registrada por la Procuraduría. Esa información, como tenía que ser, le sirvió de base a la Fiscalía para disponer la diligencia de allanamiento a la oficina 617 de la carrera 7ª #17-01, en el curso de la cual se hallaron en el escritorio de la oficina de Jaime Bonilla Esquivel y entre otros documentos, 34 hojas en blanco de uso oficial y un formato de cuenta de cobro en blanco, de los mismos que se utilizaron para el logro de la defraudación al Ministerio de Hacienda (fol. 102 c. 4).

Tales fueron los Antecedentes y circunstancias que condujeron a la Fiscal instructora a ordenar la vinculación de Bonilla Esquivel el 4 de febrero de 1993 y en el asunto no encuentra la Corte ningún tipo de irregularidad, como tampoco la halla frente al predicado de que los cargos dentro de la indagatoria no le fueron apropiadamente formulados. Sobre el punto el recurrente aduce que el instructor olvidó indagar a su representado sobre los cargos concretos de falsedad en las sentencias judiciales e igualmente de la que recayó en la cédula de ciudadanía y la tarjeta profesional utilizadas en la defraudación al Estado. Tampoco se le preguntó acerca de las maniobras fraudulentas, con lo que se tiene que no se le individualizó cada conducta punible por la que resultó condenado, quebrantándose así el derecho de defensa. Adicionalmente su representado

fue sorprendido en la resolución acusatoria con el cargo de fraude procesal, incriminación ésta que jamás había conocido.

La función de la indagatoria es permitirle a quien la rinde conocer y explicar unos hechos posiblemente delictivos que se le imputan, independientemente de su calificación jurídica, la cual se encuentra reservada para los momentos de la resolución de situación jurídica, la acusación y la sentencia.

No cabe duda para la Sala, luego de una lectura integral de la indagatoria, que al procesado se le hicieron conocer los hechos que motivaron su vinculación y a partir de ello suministró las explicaciones que estimó del caso en su defensa. Se refirió al escrito anónimo, se le interrogó acerca de sus relaciones con Miguel Amézquita, sobre el papel de uso oficial y el formato de cuenta de cobro hallados en su escritorio en el marco de la diligencia de allanamiento y finalmente, como para opacar dudas, ya al final de la diligencia se le hizo la siguiente pregunta:

"Díganos si usted sabe o presume quiénes serán los autores, cómplices o auxiliadores de los delitos de falsedad y estafa que se adelanta por medio de estas diligencias, en razón de documentos falsos que simulan sentencias proferidas por los Tribunales administrativos del país y del Consejo de Estado, con base en los cuales se cobraba ante el Ministerio de Hacienda millonarias sumas por concepto de indemnización a cargo de la Nación utilizando para el trámite igualmente documentación falsa que acreditaba la calidad de abogados?".

Dicho interrogante es envolvente de los hechos que fueron objeto del proceso y resulta por lo tanto infundada la apreciación del censor. Mucho más cuando se observa la respuesta suministrada por su cliente ante el cuestionamiento transcrito, que no deja incertidumbre de ninguna especie acerca del claro conocimiento que tenía acerca de las razones de su vinculación procesal.

"CONTESTO –dice el acta–: No se quién sea, pero como repito estoy dispuesto a someterme a los reconocimientos que sean para clarificar mi situación, ignoro quiénes sean los responsables de eso y posteriormente con mi apoderada acompañaré todos los documentos que respaldan las excesivas deudas que tengo, de los títulos de propiedad de los bienes, de la promesa de venta de la finca que enajenamos, para demostrar mi ajena participación a esto..." (fol. 273 c. #4).

Sobre la presunta irregularidad procesal, planteada por el casacionista al interior del mismo cargo de nulidad y que hace derivar del hecho de que cuando se le recepcionó declaración a Jaime Bonilla Rojas, padre de Jaime Bonilla Esquivel, no se le puso al tanto del contenido del artículo 283 del Código de Procedimiento Penal, no solamente se equivocó en la vía escogida para hacerlo, sino que dejó de demostrar la incidencia de la mis-

ma en el resultado final del proceso y, además, no es cierto que la omisión haya tenido ocurrencia.

En primer lugar, en efecto, como lo advierte el Procurador, si lo que se cuestiona del testimonio es uno de los requisitos legales para su validez, es obvio que el ataque debe hacerse respecto del medio de convicción por la vía del error de derecho por falso juicio de legalidad, señalando naturalmente la trascendencia del yerro en la orientación del fallo. Pero a pesar de esa deficiencia técnica evidente de la demanda, no puede la Corte dejar de señalar que el reclamo es absolutamente improcedente. Aparte de que en la diligencia estuvo presente la defensora de Jaime Bonilla Esquivel y que no hizo ningún cuestionamiento en torno a la legalidad del acto procesal, surge claro de su contenido que "las formalidades legales", como reza la diligencia, se le impusieron al declarante y en ellas debe considerarse incluida la excepción al deber de declarar por razón del parentesco. Entonces, además de antitécnico el reclamo, carece totalmente de fundamento.

Segundo cargo

En esta oportunidad ataca el censor el fallo de segunda instancia porque, según él, el sentenciador tergiversó y distorsionó la prueba indiciaria, error que recayó en la construcción de los indicios y en su inferencia lógica, con lo que se obtuvo caprichosa y arbitrariamente la certeza legal para condenar.

Antes de examinar cada uno de los reproches elevados por el libelista por el motivo aducido, la Sala estima pertinente recordar que, como ya lo ha dicho en otras oportunidades, que para el cuestionamiento de los indicios en sede de casación se debe tener en cuenta que en su construcción concurren dos aspectos distintos. El *hecho indicador* cuya existencia se revela a través de una prueba y la *inferencia lógica* que es la operación mediante la cual se deduce la existencia de un hecho. En consideración a la naturaleza propia de cada uno de ellos, se han señalado cuáles son las los motivos por los cuales se les puede censurar, lo que ya de por sí excluye la posibilidad de postular reproches de manera simultánea y entremezclada en contra del hecho indicador y la inferencia lógica, como ocurrió en el caso en examen.

En efecto, por virtud de que el hecho indicador se manifiesta a través de una prueba, no surge mayor inconveniente cuando se trate de elegir la vía del ataque, pues admite todas las censuras provenientes de errores de hecho o la de derecho por falso juicio de legalidad.

Pero cuando el desacuerdo surge respecto de la inferencia lógica, debe considerarse, ante todo, la posibilidad de que el hecho indicador no adolece de ningún defecto, bien de aducción o la actuación procesal o de apreciación en el análisis efectuado por el fallador que diera cabida a la

postulación de los respectivos reproches. Esto porque de ser así, no existe ninguna razón para entrar a ocuparse del proceso de inferencia lógica que, por obvias razones, estaría avocado al fracaso ante lo defectuoso del hecho que sirvió de fuente de las deducciones, inferencias o resultados que contempló en juzgador en el fallo.

Ahora bien, precisado como queda que el hecho indicador fue legal, regular y oportunamente demostrado en la actuación y que, por consecuencia, está revestido de plena validez, es posible, ahí sí, entrar a cuestionar el desarrollo de la inferencia lógica, esto es, la indebida aplicación u omisión total de las reglas de la sana crítica. En este punto se ha dejado por sentado que como nuestra legislación no contiene pautas mediante las cuales se pueda determinar la correcta aplicación de las reglas de la experiencia, la lógica y los postulados de la ciencia o técnica aplicables en el análisis de determinadas pruebas y, ante la inexistencia de tarifa probatoria en la valoración de los medios de convicción, es viable censurar el desconocimiento a las reglas de la sana crítica por la vía del error de hecho por falso juicio de identidad, por entrañar el mismo tergiversación o suposición del fundamento lógico de la inferencia o la deducción, la cual surge de los hechos y no de las normas.

Precisadas estas importantes consideraciones y confrontadas con el contenido de los reproches elevados por el casacionista, es de ver que, como lo advirtió la Procuraduría, ninguno se apega en lo más mínimo a las reglas de técnica que rigen en este recurso extraordinario, ni mucho menos en lo que tiene que ver con el ataque a la prueba indiciaria que por su compleja estructura y metodología no puede dejar de consultar las directrices plasmadas en precedencia. Como se verá, lo que en realidad ataca el libelista es la valoración probatoria contenida en el fallo mediante subjetivas apreciaciones y no, como lo anunció, la demostración de los supuestos errores de hecho en la elaboración de la prueba indiciaria.

En el primer reproche que el censor denomina "ERROR DE HECHO EN LA CONSTRUCCION DEL INDICIO MATERIAL DE LA LLAMADA ANONIMA Y EL FORMATO DE CUENTA DE COBRO. EQUIVOCACION DE SU INFERENCIA LOGICA", lo que señala, inicialmente, es que la llamada anónima que dio lugar a la diligencia de allanamiento en la oficina de su defendido, carece de legalidad a la luz de la Constitución y de la ley; que, por lo tanto, ese hecho indicador no está debidamente probado pues "no fue decretada, grabada y controvertida en el plenario". Entonces, lo que en un principio enuncia como un error de hecho termina correspondiendo a un error de derecho por falso juicio de legalidad, dualidad que se torna plenamente inadmisible en sede de casación, por cuanto el enunciado no guarda correspondencia con el desarrollo del cargo, y por tanto la contradicción es evidente.

Además la llamada anónima no es una prueba sino un hecho histórico que no es susceptible de valorarse bajo la óptica de la legalidad o la ilega-

lidad y la prueba de su existencia está representada por el medio documental o testimonial a través del cual se conoció de su ocurrencia prueba ésta que no se ha objetado ni por ilegal ni por haber sido distorsionado en su contenido."

Agréguese que respecto de la misma llamada anónima, opina luego el censor que nada tenía que ver con Jaime Bonilla Esquivel, su defendido, sino con Jaime Bonilla Rojas, razonamiento este que tampoco resulta coherente con lo inicialmente anunciado y le resta claridad al reproche. Si su objetivo inicial era atacar la legalidad de la aducción de una prueba ningún sentido tiene que luego se ocupe de su contenido para aclararlo o desvirtuar las apreciaciones del fallador si es que las considera erradas. La convocatoria de errores que se excluyen entre sí, por lo disímiles, impide concretar el real objetivo del casacionista.

Y en cuanto al formato de cuenta de cobro que se encontró en la oficina del procesado, el casacionista realiza apreciaciones netamente subjetivas pero no propone ningún argumento que propicie, así sea someramente, la verificación de la ocurrencia de error alguno en su apreciación, pues a su modo de ver, este no interesaba a la investigación y reviste el carácter de inconducente, dejando de considerar que lo que se averiguaba era precisamente la utilización fraudulenta de tales formatos y desdeñando así su conexión con el objeto procesal.

Luego, cuando afirma que "además en la construcción del hecho indicador, el sentenciador dejó de valorar una prueba vertida al proceso emanada del Ministerio de Hacienda según la cual el formato se le puede entregar a cualquier ciudadano", no identifica a qué hecho indicador se refiere e incurre en la inaceptable postura de fraccionar los aspectos que hacen parte del hecho indicador, proponiendo respecto de cada circunstancia que encuentra a su paso indemostrados errores de hecho, cuando es su deber confrontar lo que es objeto de ataque con la totalidad de los aspectos que lo componen. Es el análisis integral del acervo probatorio lo que definitivamente permite verificar la verdadera existencia de errores en su apreciación y no la separación de los distintos hechos y circunstancias que hacen parte de su estructura para atacarlos aisladamente.

Para completar este cúmulo de inexactitudes, afirmó el libelista que también falló el proceso de inferencia lógica, señalamiento que fundamentó en subjetivas apreciaciones que por tanto ninguna incidencia tienen para los efectos de este recurso.

Hasta aquí es claro que no se ha demostrado la existencia de los yerros que en el libelo se atribuyen al juzgador; simplemente es la discrepancia con algunos sectores de la sentencia que se ataca y que dejan por fuera aspectos de gran importancia que fueron debidamente analizados y sopesados en el fallo para arribar a la configuración de los indicios que obran en contra del procesado Jaime Bonilla Esquivel.

Estima la Sala que ante lo confuso de la demanda que se analiza, es necesario realizar algunas aclaraciones que expliquen lo errático de la objeción.

Así, en torno a la llamada anónima, debe decirse que ésta fue recibida por la comisión investigadora de la Procuraduría General de la Nación, que establecía la defraudación en la División jurídica del Ministerio de Hacienda, en la que denunciaba: "los funcionarios de la División Jurídica junto con Edilberto Álvarez Guerrero y Jaime Bulla Rojas están falsificando sentencias". Con posterioridad se pudo establecer que, respecto del segundo, se trataba en realidad de Jaime Bonilla Esquivel.

Nótese que la supuesta ilegalidad de la comunicación en comento, en caso de haber encontrado demostración, ninguna incidencia tiene en la estructura del fallo pues los datos en ella suministrados encontraron plena demostración a medida que se adelantaban las pesquisas.

En esa tarea, se llevó a cabo la diligencia de allanamiento en la oficina de Jaime Bonilla Esquivel encontrándose en su escritorio un formato de cuenta de obligaciones a cargo de la Nación, exactamente del tipo de los que se emplearon para la defraudación del Ministerio de Hacienda, cuya tenencia y destinación no pudo explicar. Argumentó al respecto el encausado que lo tenía para que se le pagaran las cesantías que se le adeudaban desde cuando prestó sus servicios como Visitador de Instrucción Criminal, pese a que para él era claro que la Rama Judicial tenía su propia pagaduría en la cual ya había cobrado una cesantía parcial. Lo anterior encontró mayor soporte en la circunstancia de que el amigo que según él le entregó el formato, Miguel Ángel Amézquita, quien trabajaba en el grupo jurídico llamado GRUPO DE SENTENCIAS DE LA DIVISION JURIDICA, donde se cometieron las estafas por el lapso de un año, distinguía exactamente qué asuntos se tramitaban allí bajo el rubro presupuestal de "Indemnización Sentencias a cargo de la Nación".

Ahora, no es como equivocadamente lo asegura el libelista, que el fallador no estuviese seguro de la plena prueba del hecho indicador por haberse afirmado que lamentablemente la funcionaria investigadora cuando recibió la declaración de Amézquita no lo interrogó sobre el formato en cuestión, pues de inmediato aclaró que ese abogado revisor era experto funcionario que conocía los asuntos que se tramitaban en la División Jurídica, por lo que jamás pudo haberle entregado a Bonilla el formato para los fines que este adujo. También le sirvió de respaldo al análisis del fallador, lo contradictorio de la posición del procesado en este punto, quien había demandado la nulidad del acto administrativo de insubsistencia que le había declarado la Dirección de Instrucción Criminal y el restablecimiento del derecho.

Este cúmulo de factores fueron ignorados completamente por el censor, quien optó por escoger apartes de la sentencia para construir hipóte-

sis a su antojo, echando por la borda todas las circunstancias que el juzgador tomó en cuenta en la construcción del indicio.

Esa postura le permite hacer afirmaciones que no se corresponden con la actuación procesal, como cuando asegura que el Tribunal tergiversó un dato procesal: el número de cédula de ciudadanía de Jaime Bonilla Rojas y que por ello supuso que este señor era en realidad Jaime Bonilla Esquivel; o que no se demostró con pruebas legales que a éste se le haya reconocido judicatura el 18 de junio de 1992, aparte de que no se tomó el trabajo de identificar el propósito que lo llevó a realizar tales consideraciones. Sus razonamientos carentes de fundamento resultan por tanto inoficiosos por lo insuficientes para remover las bases de la sentencia.

Es bueno señalar, no obstante, que en el fallo se aclaró que en el informe de la Procuraduría se dijo que la cédula del segundo de los mencionados es la No 19.213.542 de Chaparral; que según el Ministerio de Justicia no tenía tarjeta profesional vigente y que se le concedió judicatura el 18 de junio de 1992. Para el fallador, como dicho número de cédula corresponde efectivamente a Jaime Bonilla Rojas, padre de Jaime Bonilla Esquivel y su profesión es la de contador, el dato referente a la concesión de judicatura corresponde es a éste, quien es egresado de la facultad de derecho de la Universidad Libre y no ha obtenido su título. Además, es amigo de Edilberto Álvarez Guerrero a quien se mencionó en la llamada anónima, trabajó con él en la Rama Judicial, compartían su oficina de abogados y eran amigos para la época de los hechos.

La censura consistente en "ERROR DE HECHO EN LA CONSTRUCCION DEL INDICIO DE MANIFESTACIONES ANTERIORES Y POSTERIORES AL DELITO", tampoco se ajusta al marco técnico necesario para desvirtuar la existencia de un indicio en sede de casación. Simplemente porque el demandante se limitó a discrepar de las apreciaciones del juzgador, a quien le atribuye errores como que "...quiso hacer aparecer una circunstancia incriminatoria para Bonilla Esquivel que sólo afectaba a otro ciudadano".

Dejando de lado la ausencia de pautas técnicas para la formulación del reproche, mírese cómo tales asertos no encuentran verificación con lo realmente acaecido en el trámite procesal.

Ocurrió que el también procesado en este asunto Antonio José Esquivel, tío del procesado, solicitó la terminación anticipada del proceso y de ahí se derivó la respectiva sentencia condenatoria. Este, al realizar la respectiva delación en la que se inculpó a sí mismo, acusó a Miguel Ángel Amézquita, funcionario del Ministerio de Hacienda, como el principal artífice de la defraudación. Que con el producto del dinero que le correspondió por tales actividades delictivas adquirió unas acciones en Multiclubes de Colombia por $30.000.000.00, de las cuales posteriormente entregó 20 que tienen un valor comercial de $60.000.000.00.

El Tribunal consideró que dicha circunstancia obraba como prueba de responsabilidad en contra de Jaime Bonilla Esquivel, ante el hecho cierto de aparecer recibiendo de Amézquita $550.000.00 sin justificación atendible, ya que el argumento de que se trató de un préstamo personal no le resultó verosímil porque según dijeron estos personajes, se conocían superficialmente, por lo que se carecía de la confianza necesaria para solicitarle dicha suma en préstamo, la que no dejaba de ser considerable para 1992. Además, que el mutuo no se constituyó con forma alguna que lo garantizara y permitiera evidenciar tal carácter.

Todo lo anterior fue ignorado por el casacionista quien partió de la particularísima consideración de que tanto su defendido como Miguel Ángel Amézquita suministraron una explicación satisfactoria y no desvirtuada sobre dicho préstamo. Pareciera más bien que con sus argumentos pretendiera justificar el comportamiento de su defendido, algo inusual en casación, antes que desarrollar sus reproches al fallo con razonamientos técnico-jurídicos idóneos y suficientes para quebrantar su estructura.

Intentó, de manera infructuosa también, demostrar un supuesto "ERROR MANIFIESTO DE HECHO EN LA CONSTRUCCION DEL INDICIO DE PRESENCIA", pues aseguró que las declaraciones de Rosalba Cárdenas y Luz Stella Castaño, que daban lugar a su construcción, fueron tergiversadas por el fallador y, a su modo de ver, ellas no servían para probarlo, sin hacer referencia a su contenido ni a las apreciaciones del fallador.

Para denotar una vez más la contradicción que se presenta entre el cargo formulado, y no desarrollado, con el contenido del fallo, es necesario aclarar que el juzgador tuvo en cuenta, además de las dos declaraciones mencionadas por el libelista, otros factores para deducir la existencia del indicio de presencia. En la sentencia se parte de la base que la organización delictiva requirió la presencia de una persona calificada en la disciplina jurídica para la elaboración de los fallos falsos y la orientación de su trámite en el Ministerio de Hacienda, donde estimó que encajaba el papel de Bonilla Esquivel, por haber egresado de la facultad de derecho, haber sido funcionario de la Rama Judicial y a quien, como ya se había visto, se le incautó uno de los elementos materiales empleados para las maniobras engañosas y se probó su relación con el señalado autor intelectual, Miguel Ángel Amézquita.

Para el Tribunal el indicio de la coparticipación de Bonilla tiene soporte en su presencia en la oficina del supuesto abogado Manuel Humberto Hurtado Hurtado que era como conocían a su tío Antonio José Esquivel y discrepa que se tratara de una circunstancia normal y aceptable que visitara a su tío, si se tiene en cuenta que el mismo procesado manifestó, respecto de su pariente, que vivía en Bogotá o Girardot y que desconocía donde permanecía, aparte de que en ningún momento mencionó que tuviera oficina en Bogotá. El haberlo visto en esa oficina se constituyó en un

dato importante para el fallador, al tener en cuenta que allí funcionó el centro de operaciones de la empresa criminal, que allí fue donde se dirigió el Ministerio de Hacienda para las notificaciones y envío de copias de las resoluciones de disponían el pago de las simuladas obligaciones en los procesos administrativos fraudulentos. Y fue allí, igualmente, donde Jaime Bonilla Esquivel acudió a preguntar por el abogado Manuel Humberto Hurtado Hurtado, o sea su tío Antonio José Esquivel, lo cual tradujo para el fallador que dicha presencia del procesado en el lugar conformara un indicio grave de compromiso penal en la empresa criminal.

Acompañó el anterior razonamiento el análisis del informe suministrado por el Cuerpo Técnico de Investigación, donde se registró que Rosalba Cárdenas, secretaria del supuesto Hurtado Hurtado, reconoció en un álbum fotográfico a Jaime Bonilla Esquivel como visitante de quien a la postre resultó ser su tío Antonio Bonilla, así con posterioridad rectifique su versión para indicar que lo había visto pero no en la oficina sino en el edificio donde la misma funcionaba. La recepcionista del edificio, a su turno, reconoció en fotografía a Jaime Bonilla Esquivel y adujo que en una oportunidad fue a la oficina del doctor Hurtado. También reconoció a William Fernando Veloza Cuervo, Jefe del Grupo de Sentencias de la División Jurídica del Ministerio de Hacienda, como otro de los visitantes del supuesto abogado.

Entonces, como se ve, no fue solamente la prueba testimonial referida la que dio origen a la comprobación del indicio de presencia y, aparte de ello, en cuanto lo que hizo el censor fue limitarse a atacar el mérito probatorio que les otorgó el fallo a partir de su percepción personal sobre su contenido, es claro que se equivocó en la formulación del planteamiento ya que una discusión de esa naturaleza es ajena completamente al recurso extraordinario de casación. (error de derecho por falso juicio de convicción) a no ser que se alegara al amparo de la violación flagrante de las reglas de la sana crítica, que constituye un error de hecho por falso juicio de identidad sobre la inferencia misma.

Además lo anterior, involucra el recurrente en el ataque otro reproche que se refiere a la ilegalidad del reconocimiento fotográfico, porque según él desconoció el contenido del artículo 369 del Código de Procedimiento Penal. Para aclarar la situación es suficiente con recordar que el Tribunal en el fallo se refirió al punto en los siguientes términos:

"Es irrelevante que el Cuerpo Técnico de Investigación y la Fiscalía hayan mostrado a la declarante Rosalba Cárdenas la fotografía individual de Bonilla, contrariándose aparentemente la previsión del Art. 369 del C de P.P. como lo glosa el defensor, pues no puede perderse de vista que ello ocurrió exhibiéndosele a la testigo otras fotografías individuales" (Fol. 118).

La misma equivocada postura adoptó la defensa para evidenciar un supuesto "ERROR EN LA ELABORACION DEL HECHO INDICADOR RE-

FERENTE AL INDICIO DE INCREMENTO PATRIMONIAL INJUSTIFICADO", en el que también son ostensibles los errores de técnica al involucrar distintos tipos de errores en la apreciación probatoria y que dejó en el enunciado. Según el libelista, la versión tomada a Jaime Bonilla Rojas, fue la que dio origen al hecho indicador, lo que no puede ser porque se trata de una prueba ilegal (error de derecho por falso juicio de legalidad). Acto seguido, asegura que el Tribunal omitió analizar la indagatoria rendida por el procesado y los documentos aportados por la defensa y que hacían referencia a préstamos obtenidos por Bonilla Esquivel y que desvirtuaban el incremento patrimonial injustificado que se le atribuye (error de hecho por falso juicio de existencia). En fin, en su afán de aportar reproches que desmeritarán la existencia del indicio, acude a otros ámbitos mezclando de manera desordenada distintos conceptos de errores que presentados bajo una misma censura, conducen de manera inevitable, a su rechazo.

Pero es que además no evidencia la Sala que así hubiese ocurrido. En la sentencia se mencionó que Bonilla Esquivel aparece adquiriendo entre el mes de diciembre de 1992 y primeros meses de 1993, el 50% de dos tractomulas y un vehículo Renault 9 modelo 1993 cuando, por otro lado, tiene obligaciones familiares y crediticias y se ha quedado sin empleo en el ejercicio de la profesión de abogado no graduado. Al respecto argumentó haber hecho préstamos por 20 y 30 millones de pesos a la FES y a Coopdesarrollo. También mencionó como origen de riqueza haber vendido con su progenitor una finca en el Carmen de Apicalá por la suma de $70.000.000.00, de los cuales invoca el 50% para la cancelación de sus obligaciones. Resulta, sin embargo, que en el testimonio rendido por su padre no realizó mención alguna sobre el punto, refiriéndose sólo a la existencia de dos bienes raíces en el Carmen de Apicalá: una casalote de $5.000.000.00 adquirida en el año 1984 y un terreno de $4.000.000.00 del cual su hijo es copropietario en un 50% y que lo en 1992. Además, entre otras consideraciones, según su declaración de renta para el año gravable de 1991 no era una persona acaudalada, pues registró un incremento patrimonial líquido de $7.077.000.00 y asumió deudas por $4.250.000.00 pesos, todo lo cual condujo al juzgador a estructurar el indicio de incremento patrimonial no justificado.

Finalmente la censura relativa al "ERROR DE HECHO EN LA FALTA DE APRECIACION DE LAS PRUEBAS QUE FAVORECEN AL PROCESADO", la hace consistir el impugnante en el hecho de que el fallador dejó de analizar la prueba grafológica y el cotejo de huellas dactilares, los cuales arrojaron resultados favorables al procesado, quebrantándose de tal manera el artículo 247 del Código de Procedimiento Penal.

Al respecto debe decirse que de la lectura del cargo, se desprende que respecto de los reproches por error de hecho por falso juicio de existencia por omisión, el casacionista no cumplió en manera alguna con la obliga-

ción de demostrar la incidencia en el fallo de las pruebas cuyo análisis reclama, es decir, era su deber demostrar que frente al restante acervo probatorio, tales elementos de juicio, en caso de haberse omitido verdaderamente, habrían favorecido eficazmente al procesado.

La total omisión de estos requisitos para la sustentación del cargo y la carencia total de fundamentación del mismo, hacen imposible su prosperidad.

Se desestimará, en conclusión, el cargo objeto de examen.

Tercer cargo (subsidiario)

Básicamente lo hizo consistir el casacionista en el hecho de que el juzgador le impuso una pena ilegal a su representado, originada "...en la interpretación errónea de varios preceptos de la ley penal sustantiva reguladores de la pena". Este enunciado, obviamente le implicaba al demandante señalar los preceptos sustanciales erróneamente interpretados y demostrarle a la Corte, con argumentos jurídicos, el yerro hermenéutico cometido e igualmente señalar las correspondientes consecuencias.

Pero no sucedió así. Luego de indicar la vía de la violación, el censor, sin presentar ningún tipo de desarrollo, se limitó a mencionar en primer lugar que el principio constitucional del *non bis in ídem* resultó quebrantado, al edificar sobre las mismas maniobras engañosas los delitos de estafa y fraude procesal. De esta circunstancia deriva que se computó doblemente lo mismo al momento de ser tasada la pena. Inmediatamente el problema planteado, como es claramente evidenciable, tendría que ver con la adecuación legal de los hechos que se le imputaron al procesado Bonilla Esquivel. Por ende, se trataría de un asunto de tipicidad que le implicaba al recurrente precisar la causal de casación y la vía de violación, para demostrar en su marco cómo "un mismo hecho" sirvió para imputar dos delitos y naturalmente, entonces, en qué consistió exactamente el error del fallador. Como nada de eso hizo, salvo la simple mención a que se interpretó erróneamente la ley, la Sala encuentra carencia de objeto para pronunciarse, resultando por lo tanto improcedente la primera censura hecha en el cargo examinado. Además resulta absurdo que si dos ilícitos que concursan tienen un elemento común, no pueda este, o su prueba considerarse frente a ambos.

La segunda, igualmente, no está llamada a prosperar. Ella apunta a demostrar la vulneración de los artículos 61 y 26 del Código Penal, sobre la base de que el juzgador debía partir de la pena mínima prevista para el delito de falsedad material de particular en documento público, pudiendo incrementarla "en una porción permitida por la ley", siendo a su criterio arbitrario que haya partido de 80 meses, sin haber suministrado "explicación legal de por qué tomaba en cuenta para el delito de falsedad esta pena". Para la Sala esto no es verdad. Si se examina la sentencia de pri-

mera instancia allí se estimó como delito más grave el de estafa y dentro de los límites punitivos establecidos para él (1 a 10 años) el Juez Penal del Circuito "...atendidas la gravedad y modalidades de los hechos punibles, el grado de culpabilidad, la concurrencia de circunstancias genéricas de atenuación punitiva (art. 64-1 C.P. ...) y de agravación (art. 66-4 *idem* ...) ...", concluyó que 80 meses de prisión era la pena que en equidad correspondía como punto de partida, incrementándola en 40 meses más por razón del concurso de hechos punibles.

Dicha sentencia, que forma unidad con la de segunda instancia, explicó el proceso de graduación de la pena, a diferencia de como lo advierte el casacionista. Así lo reconoció el Tribunal de Santafé de Bogotá en la sentencia objeto del recurso de casación, que por lo demás, contemplando la cantidad de hechos punibles y el daño irrogado, consideró benigna la sanción finalmente impuesta, la que sin embargo dejó incólume en cumplimiento del inciso 2° del artículo 31 de la Constitución Nacional. El Tribunal, además, como un factor agregado, demostrativo de que es infundada la afirmación del demandante relativa a la ausencia de motivación de la sanción impuesta, hizo las siguientes precisiones para respaldar la determinación en cuanto al punto objeto de examen:

"...la dosimetría punitiva –se lee en el fallo impugnado— se hizo en términos de equidad y con la motivación de rigor: estimó como delito más grave el de estafa que en su precepto prevé una pena de 1 a 10 años de prisión y multa de mil a quinientos mil pesos. Observó las directrices de los artículos 61 y 67, esto es, '...la gravedad y modalidades de los hechos punibles, el grado de culpabilidad, la concurrencia de circunstancias genéricas de atenuación punitiva ... y de agravación ..., se considera equitativo partir de 80 meses de prisión, pena privativa de la libertad a la que se aumentarán 40 meses más, en razón de la pluralidad de reatos contra la fe pública, el patrimonio económico y la administración de justicia...'. Se hubiera podido considerar la genérica de agravación punitiva del numeral 7° del artículo 66 ibidem 'obrar con la complicidad de otro' que sin duda imprimió respaldo recíproco a los coparticipes en la realización del punible.

"Pese al criterio con que se reguló la pena, y que el quantum del delito base que el a quo justipreció más grave, puede mostrarse excesivo (80 meses), realza la Sala que la benignidad anotada se funge de los 40 meses que le aumentó por concepto del artículo 26 del Código Penal, frente al colosal concurso de hechos punibles que se cometieron en los 10 expedientes administrativos tramitados en el Ministerio de Hacienda y a través de los cuales se perpetraron durante todo el año de 1992 las diferentes defraudaciones, recogiendo cada uno sendos delitos contra la fe pública, la administración de justicia y el patrimonio económico. Por modo que la pena impuesta consulta los principios de equidad y de justicia frente a la magnitud de la falta concursal que se sanciona".

Se reitera, entonces, que el reclamo de inmotivación de la pena es completamente infundado. E igualmente el planteamiento de que violó el límite permitido carece de asidero. En justicia y en un tanto, de acuerdo con el criterio del Tribunal, piensa la Sala que la sanción de prisión, aún siendo criticable el procedimiento utilizado para su construcción en la primera instancia, fue benévola frente a la cantidad de imputaciones e importancia de los bienes jurídicamente tutelados que resultaron conculcados.

En materia de concurso de hechos punibles, (art. 26 del C.P.) la ley dispone que el condenado quedará sometido a la disposición que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto. Ello implica entonces, que el fallador, de entre los varios ilícitos concurrentes, deba seleccionar cuál fué en concreto el hecho punible que ameritaría pena mayor, y para éste efecto debe proceder a individualizar las distintas penas, con el fin de escoger la más gravosa y, posteriormente, decidir en cuánto la incrementa habida consideración del número de delitos concursantes, su gravedad y sus modalidades específicas.

En ese ejercicio debe tener en cuenta no solamente que la pena final no debe exceder el doble de la individualmente considerada como más grave, sino además que ella no puede resultar superior a la suma aritmética de las que corresponderían en el evento de un juzgamiento separado de las distintas infracciones, ni de 60 años de prisión, siguiendo siempre, en el proceso de dosificación individual de cada una de las penas, los criterios que sobre el particular ha venido sentando la Sala en torno a los factores modificadores de los límites legales (menor y mayor) previstos para cada delito, y a las reglas que, a la luz del artículo 61 del C.P., le dan un margen de movilidad racional dentro de los límites mínimo y máximo así deducidos.

Entendidas de ese modo las cosas, cuando concurren delitos cuyas penas mínimas y máximas difieren, la fijación de cuál es el que tiene establecida la sanción más grave no puede quedar reducida a la fórmula de seleccionar el de pena mínima más severa o el de mayor pena máxima. El problema se debe resolver dosificando la pena de cada hecho punible en el caso concreto conforme a los criterios de individualización del artículo 61 del C.P., y escogiendo como punto de partida el que resulte con la mayor sanción; es sobre ésta pena sobre la que opera el incremento autorizado por el artículo 26 del Código Penal, y su mayor o menor intensidad depende del número de infracciones y de su mayor o menor gravedad individualmente considerados.

Puede suceder perfectamente que en un caso como el examinado (donde los delitos concursales tienen penas de 1 a 10 y de 2 a 8 años) el segundo, es decir el de pena mínima más grave, no ostente la gravedad del primero; y que, aisladamente considerado, amerite la pena mínima de 2 años o una

ligeramente superior, al tiempo que el primero merezca una mayor sanción que el anterior. Resultaría absurdo en dicha situación, y es lo que quiere puntualizar la Sala, partir para la dosificación correspondiente de la sanción del delito cuya pena mínima (o máxima) en abstracto, esto es la señalada en el tipo penal, sea la mayor. Esto porque, como se vio, existe la posibilidad de que tasadas las penas por los dos hechos punibles, el de menor pena mínima pueda resultar en concreto mayormente penalizado.

En conclusión, es la pena individualizada de cada uno de los delitos en concurso la que conduce a determinar la base de construcción de la pena total a imponer, sin importar para el caso las sanciones mínimas y máximas previstas en abstracto por los respectivos tipos penales.

Ahora bien, se repite, establecida la pena más grave, ésta es incrementable hasta en otro tanto al tenor del artículo 26 del Código Penal. Pero el límite a la pena aplicable no está supeditado al máximo del hecho punible sometido a la sanción más grave, como equivocadamente lo señala la defensa, sino a que no desborde la suma aritmética de las penas que correspondan a los respectivos hechos punibles en concurso, de conformidad con lo que prescribe el artículo 28 del mencionado Código y a que nunca supere los 60 años de prisión.

Así las cosas, es claro en el caso examinado que las instancias no incurrieron en ninguna impropiedad al considerar la estafa como el delito más grave y a partir de él realizar la dosificación de la pena, proceso de individualización que, de otro lado, en ningún momento superó el límite fijado por la ley ni se torna injusta o desproporcionada frente a las numerosas agresiones al patrimonio del Estado, a la administración de justicia y a la fe pública por las cuales fue condenado el procesado Jaime Bonilla Esquivel.

Por lo tanto, será desestimado el cargo subsidiario. En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, no firmó; Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CASACION CIVIL/ CASACION PENAL/ TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

Por disposición expresa del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, la Sala mantiene la tesis de que si los motivos de agravio son referidos únicamente a los aspectos civiles considerados en la sentencia, lógicamente debe acudirse a las causales de casación previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, pues se trata de no introducir en el proceso penal matices que sus propias finalidades no exigen, máxime que el estatuto de la materia ya los tiene suficientemente reglados.

Sin embargo, tampoco puede desconocerse que mutatis mutandi *es posible advertir una línea de identidad regulativa de la casación en ambos estatutos procesales, de tal manera que en los dos se contempla la violación directa e indirecta de la ley sustancial, tanto por error de hecho como de derecho, la nulidad y aún la congruencia. Claro que este último evento exige puntos de comparación diferentes, atendida obviamente la distinta naturaleza de los dos procedimientos, pues mientras en el penal dicha consonancia se dice entre la sentencia y la resolución acusatoria, en el civil se exige entre la sentencia y las pretensiones de la demanda o las excepciones de la contestación.*

Es esta la razón por la cual la Sala ha dicho que, a pesar del error que se comete al invocar las causales de casación dispuestas en el régimen procesal penal, siendo que se reclama o debate una pretensión estrictamente civil, "... no debe extremarse un sentido de rigor formal en la demanda, en cuanto a que si no se acude forzosamente a las causales de casación contempladas en el ordenamiento procesal civil, por este solo motivo la misma deba desestimarse, pues en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (art. 9 del C. P. P.), si se aduce la primera causal del art. 220 del Código de Procedimiento Penal en lugar de la pertinente del art. 368 del Código de Procedimiento Civil, al ser básicamente iguales, no puede considerarse suficiente 'esta falencia para desestimar prematuramente la censura', en la medida en que la aludida causal en

las dos codificaciones se refiere a que sea la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial y en ambos ordenamientos procede tanto por violación directa como indirecta de la ley (cas. 5 de octubre de 1994 y auto del 5 de septiembre de 1996)" (M. P. Carlos Gálvez Argote, *septiembre 25/97*).

La previsión del artículo 44, inciso 2° del Código de Procedimiento Penal apunta a que la vinculación formal del tercero civilmente responsable se haga a través de la notificación del auto admisorio de la demanda, pero bajo el supuesto lógico de que el libelo lo mencione como demandado en esa condición. De modo que, si la demanda de parte civil inicial se hizo sólo en contra del procesado (...) (fs. 60 63), mal podría el funcionario judicial en ese momento notificar el auto admisorio de la misma a persona distinta al señalado (fs. 75-76), pues es una indicación que no corresponde de oficio a la judicatura sino a la parte civil.

En este orden de ideas, si el representante de los perjudicados omitió en principio la demanda del tercero civilmente responsable, lo lógico era que, si allí estaba su aspiración, presentara separadamente otro escrito en contra del mismo, lo cual se cumplió por medio de la adición que aparece a folios 175 y 176. Esta última presentación, entre otras cosas, siempre se cuidó de la completud y por ello remitió a los "presupuestos de hecho" y los "medios de prueba" consignados y rogados en la "demanda inicial".

De modo que si el apoderado de la parte civil apenas accionó contra el tercero civilmente responsable en la demanda adicional, que no por ello deja de ser completa, es obvio que es en dicho momento cuando hace uso del poder de accionar agregadamente entregado por los perjudicados. En este sentido, resulta artificiosa la distinción que pretende el censor, porque el poder de acción se ejerce tanto en una demanda inicial como en la adicional, desde luego referido a demandados diferentes y en cada uno de esos instantes el abogado tenía mandato para dirigirse contra uno y otro.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 10637

Aprobado Acta No. 153

VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado de la señora Myriam Patricia Cabrera de Ramírez

en su condición de tercero civilmente responsable, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, confirmatoria de la emanada del Juzgado 15 Penal del Circuito de esta capital y mediante la cual le impuso la obligación solidaria de pagar la suma de treinta millones de pesos y el equivalente en moneda nacional a un mil gramos oro, por concepto de indemnización de perjuicios materiales y morales, respectivamente.

Hechos

Los sintetizó así el Tribunal en el fallo impugnado:

"De autos se sabe que el 14 de julio de 1992, aproximadamente a las cinco de la tarde, Jaime Alberto Pinzón Escobar conducía el campero Chevrolet Trooper de placas BAJ-115, que le fue facilitado por Myriam Patricia Cabrera de Ramírez, y cuando se desplazaba en el sector de su residencia, arrolló al joven Oscar Javier Rodríguez Díaz, quien se encontraba sentado en una banca de cemento ubicada en la esquina de la calle 187 con carrera 46 de esta ciudad (Santafé de Bogotá), ocasionándole múltiples lesiones que determinaron su fallecimiento por ". BRONCOASPIRACION HEMATICA SECUNDARIA A HERIDA FACIAL EN ACCIDENTE DE TRANSITO".

Actuación Procesal

El 16 de julio de 1992 la Fiscalía 107 Delegada de la Unidad 3 del Grupo de Vida de Santafé de Bogotá inició la correspondiente investigación y escuchado en indagatoria Jaime Alberto Pinzón Escobar, le resolvió la situación jurídica profiriendo medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, con beneficio de excarcelación, por el delito de homicidio culposo.

Los padres de la víctima presentaron, a través de apoderado, demanda de constitución de parte civil dentro del proceso penal en contra del sindicado Pinzón Escobar , la misma que fue aceptada mediante resolución interlocutoria del 20 de agosto de 1992.

El 28 de abril de 1993, el representante de la parte civil presentó escrito de adición de la demanda inicial en el sentido de incluir como demandados en su calidad de terceros civilmente responsables a los señores Gustavo Adolfo Caicedo Salazar, Miriam Patricia Cabrera de Ramírez y Luis Humberto Ramírez García.

La Fiscalía admitió la acción únicamente en contra de Myriam Patricia Cabrera de Ramírez y la desestimó respecto de los restantes demandados por considerarlos ajenos a la actividad del incriminado y, en consecuencia, dispuso la vinculación de aquélla como tercero civilmente responsable, decisión que le fue notificada personalmente el 20 de mayo de esa

anualidad. Posteriormente, el 28 del mismo mes, reconoció personería a quien como representante judicial postuló la señora Cabrera de Ramírez.

Perfeccionada y clausurada la investigación se procedió a su calificación profiriendo resolución acusatoria en contra de Jaime Alberto Pinzón Escobar por el delito de homicidio culposo, al tiempo que se resolvió también "*no acceder a la desvinculación de la señora Miriam Patricia Cabrera de Ramírez en su condición de tercero civilmente responsable*", respondiendo una petición formulada con antelación por su apoderado. Como esta decisión no fue recurrida por ninguno de los intervinientes procesales, halló ejecutoria el 15 de octubre de 1993.

Rituada la etapa de la causa y realizada la audiencia pública, el Juzgado 15 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá profirió sentencia condenatoria en contra de Jaime Alberto Pinzón Escobar como autor responsable del hecho punible imputado en la resolución acusatoria, imponiéndole como pena principal 2 años de prisión, multa de un mil pesos, suspensión del ejercicio de conducir vehículos automotores por un año y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Además le impuso la obligación de pagar, solidariamente con la señora Myriam Patricia Cabrera de Ramírez, en condición de tercero civilmente responsable, la suma de treinta millones de pesos y el equivalente, en moneda nacional, a un mil gramos oro, a título de indemnización por perjuicios materiales y morales, en favor de la parte civil reconocida en el proceso.

Apelada la sentencia de primer grado, fue confirmada en su integridad por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá el 24 de enero de 1995.

La Demanda

El letrado que representa los intereses de la señora Myriam Patricia Cabrera de Ramírez, en su calidad de tercero civilmente responsable, formula dos reproches contra la sentencia de segunda instancia, así:

El primero, al amparo de la causal tercera de casación prevista en el artículo 220 del C. de P. P. por considerar que "*en la actuación procesal quedaron plasmadas irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso y hubo violación del derecho de defensa*".

Desarrolla el cargo planteando que el auto de admisión de la demanda, inicialmente presentada por el apoderado de la parte civil y dirigida únicamente contra el sindicado Jaime Alberto Pinzón Escobar, "*no fue notificado debidamente a la señora Myriam Patricia Cabrera de Ramírez, ni aún después de admitida la petición "adicional" en que se le vinculaba como tercera*".

Aduce además, que el apoderado de la parte civil actuó "*sin personería adjetiva*" porque no tenía poder para adicionar la demanda en el sentido de incluir a la señora Cabrera de Ramírez como tercero civilmente respon-

sable. De ahí que -agrega- *"al decretar la vinculación el a-quo sin que hubiera personería, es como si la hubiese reconocido en forma oficiosa, lo cual es inadmisible puesto que ella debe tener su origen en la petición de parte civil"*.

De otro lado, estima el censor, esa vinculación posterior de su representada, no *"alcanza a subsanar la falta de notificación de la demanda inicial"*.

Hace consideraciones en torno a las exigencias procesales sobre la notificación de la demanda al tercero civilmente responsable, citando al efecto los artículos 44, inciso 2°, y 155 del C. de P.P. así como algunos apartes de jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, que a su juicio desconocieron los juzgadores de instancia todo lo cual redunda en una violación del derecho al debido proceso *"por haber condenado sin la observancia de la plenitud de la formas de cada juicio, como lo exigen los artículos 1° del mismo Código y 29 de la Constitución Nacional"*.

Concluye que esa falta de notificación personal del auto admisorio de la demanda de constitución de parte civil privó a su poderdante de ejercitar el derecho a controvertir las pruebas aportadas en su contra, a oponerse a su vinculación y acudir al llamamiento en garantía de la compañía aseguradora, *"presentándose así la violación al derecho de defensa, más cuando la demandada solo pudo darse cuenta de la obligación de pagar los perjuicios materiales y morales cuando conoció la sentencia"*.

Solicita se decrete la nulidad *"a partir de la sentencia de primera instancia, para excluir de ella a doña Miriam Cabrera de Ramírez como tercero civilmente responsable"*.

El segundo cargo lo presenta al amparo de la causal primera de casación, cuerpo primero, del artículo 220 del C. de P.P., por considerar que el *ad-quem* incurrió en violación directa de la ley sustancial *"por indebida aplicación de los artículos 153 del C. de P.P., 2347 y 2356 del Código Civil"*.

En la fundamentación del reproche comienza con la transcripción de un aparte de la sentencia censurada donde se contienen los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la decisión adversa a la señora Cabrera Ramírez en su condición de tercero civilmente responsable, para luego hacer consideraciones personales en torno al contenido de las normas sustantivas cuya aplicación indebida censura.

Así, respecto al ***artículo 2347 del C. Civil***, aduce que el convicto Jaime Alberto Pinzón Escobar no tenía, para la época de la comisión del hecho, la calidad de dependiente, subordinado o subalterno respecto a la señora Myriam Patricia y *"si ello se acepta en el mismo fallo impugnado, no se ve por dónde puede tener acogida el citado artículo, siendo, por tanto indebida su aplicación"*.

Desestima la aplicación del *artículo 2356 del C. Civil*, al no cumplirse uno de los supuestos de hecho, cual es la "*responsabilidad por la actividad peligrosa*", porque la demandada, "*de un lado, había cesado de ser responsable de la actividad peligrosa al transferirla a Pinzón Escobar; y de otro, tampoco se le puede aplicar el 2341*".

No siendo aplicables ninguna de las normas antes citadas, aduce el censor, "*tampoco cabe aplicar el artículo 153 del C. de P.P, porque la señora Cabrera de Ramírez deja de ser civilmente responsable..*"

Para avalar sus argumentos trae a consideración el casacionista algunos apartes de la doctrina en la interpretación del contenido del artículo 2356 del C. C. sobre "*el responsable de la actividad peligrosa*".

Termina solicitando a la Corte, de prosperar este cargo, "*dictar la sentencia que debe hacer de reemplazo*".

TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

El representante de la parte civil se pronuncia en forma adversa a las pretensiones del actor, fundamentando su criterio sobre algunas consideraciones jurídicas relacionadas con la calidad de tercero civilmente responsable de la señora Myriam Patricia Cabrera de Ramírez y la "*solidaridad legal entre el responsable del delito y la tercera*", por lo que solicita a la Corte "*desestimar los cargos formulados contra la sentencia recurrida*".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal sugiere no casar el fallo impugnado, con base en las siguientes argumentaciones:

En relación con el cargo primero, luego de hacer algunas anotaciones en torno a las confusiones que puede generar la interpretación del inciso 2° del artículo 44 del C. de P. P., afirma que en el caso a estudio ninguna irregularidad que afecte el debido proceso puede alegarse sobre la omisión de notificar a la señora Myriam Patricia Cabrera de Ramírez el auto admisorio de la demanda de constitución de parte civil, "*pues lo cierto es que en tal oportunidad la parte civil dirigió su acción solo contra el procesado a tiempo que aquella que dirigió contra Miriam Patricia Cabrera como tercera civilmente responsable, del auto admisorio se buscó su notificación personal - véase folio 187 - tal y como lo dispone la ley...*"

En este orden de ideas, precisa la Delegada, "*el acto cuyo conocimiento era necesario para la tercera operó y de ello dan cuenta las diligencias en las que también se nota cómo un mismo apoderado se apersonó de la gestión en favor de la ciudadana y de aquél que no obstante ser desalojado en el admisorio de la calidad de responsable civil, perseguía la entrega definitiva del automotor*".

De otro lado, respecto a la violación del derecho de defensa, invoca el Ministerio Público, para desestimar esta aseveración, la forma celosa e incansable como el representante judicial asumió la función en la pretensión de *"desvincular a su asistida de las diligencias, sólo que sus clamores hallaron eco responsivo negativo"*.

Anotó además, cómo la demandada gozó de la plenitud de posibilidades de acceder al rito procesal por su temprana y legal vinculación al proceso penal.

En lo pertinente al segundo cargo afirma que el libelista, en su formulación, desconoció la técnica que gobierna el recurso extraordinario de casación, pues no sólo se apartó de los hechos tal y como los observó el Tribunal, sino que olvidó *"poner de presente cómo de acuerdo con lo probado por el juzgador se deducía un elemento exonerativo de la aludida responsabilidad"*, si lo pretendido era descartar el control legal de la norma sobre la situación fáctica.

La labor juzgadora desarrollada por la instancia -dice- se muestra acertada en cuanto a la aplicación del artículo 2356 del C. Civil y de esta manera *"la participación del censor se muestra huérfana respecto a lo solicitado pues no solo se separa -por razones lógicas- de las deducciones del Tribunal sino que deja intactas las premisas con que este probatoriamente estableció la responsabilidad solidaria de la tercera civil"*.

Consideraciones de la Corte

Por disposición expresa del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, la Sala mantiene la tesis de que si los motivos de agravio son referidos únicamente a los aspectos civiles considerados en la sentencia, lógicamente debe acudirse a las causales de casación previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, pues se trata de no introducir en el proceso penal matices que sus propias finalidades no exigen, máxime que el estatuto de la materia ya los tiene suficientemente reglados.

Sin embargo, tampoco puede desconocerse que *mutatis mutandi* es posible advertir una línea de identidad regulativa de la casación en ambos estatutos procesales, de tal manera que en los dos se contempla la violación directa e indirecta de la ley sustancial, tanto por error de hecho como de derecho, la nulidad y aún la congruencia. Claro que este último evento exige puntos de comparación diferentes, atendida obviamente la distinta naturaleza de los dos procedimientos, pues mientras en el penal dicha consonancia se dice entre la sentencia y la resolución acusatoria, en el civil se exige entre la sentencia y las pretensiones de la demanda o las excepciones de la contestación.

Es esta la razón por la cual la Sala ha dicho que, a pesar del error que se comete al invocar las causales de casación dispuestas en el régimen

procesal penal, siendo que se reclama o debate una pretensión estrictamente civil, "... no debe extremarse un sentido de rigor formal en la demanda, en cuanto a que si no se acude forzosamente a las causales de casación contempladas en el ordenamiento procesal civil, por este solo motivo la misma deba desestimarse, pues en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (art. 9 del C. P. P.), si se aduce la primera causal del art. 220 del Código de Procedimiento Penal en lugar de la pertinente del art. 368 del Código de Procedimiento Civil, al ser básicamente iguales, no puede considerarse suficiente 'esta falencia para desestimar prematuramente la censura', en la medida en que la aludida causal en las dos codificaciones se refiere a que sea la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial y en ambos ordenamientos procede tanto por violación directa como indirecta de la ley (cas. 5 de octubre de 1994 y auto del 5 de septiembre de 1996)" (M. P. *Carlos Gálvez Argote*, septiembre 25/97).

Se procede entonces al estudio de ambos cargos en el mismo orden de presentación, así:

Primer Cargo

El casacionista aduce que ha habido violación al debido proceso y el derecho de defensa en la vinculación de la señora *Myriam Patricia Cabrera de Ramírez*, en su condición de tercero civilmente responsable, pues no se le notificó debidamente el auto admisorio de la demanda de constitución de parte civil y apenas si con la sentencia se enteró de su obligación. Se verá lo siguiente:

La previsión del artículo 44, inciso 2° del Código de Procedimiento Penal apunta a que la vinculación formal del tercero civilmente responsable se haga a través de la notificación del auto admisorio de la demanda, pero bajo el supuesto lógico de que el libelo lo mencione como demandado en esa condición. De modo que, si la demanda de parte civil inicial se hizo sólo en contra del procesado *Jaime Alberto Pinzón Escobar* (fs. 60-63), mal podría el funcionario judicial en ese momento notificar el auto admisorio de la misma a persona distinta al señalado (fs. 75-76), pues es una indicación que no corresponde de oficio a la judicatura sino a la parte civil.

En este orden de ideas, si el representante de los perjudicados omitió en principio la demanda del tercero civilmente responsable, lo lógico era que, si allí estaba su aspiración, presentara separadamente otro escrito en contra del mismo, lo cual se cumplió por medio de la adición que aparece a folios 175 y 176. Esta última presentación, entre otras cosas, siempre se cuidó de la completud y por ello remitió a los "presupuestos de hecho" y los "medios de prueba" consignados y rogados en la "demanda inicial".

De modo que si el apoderado de la parte civil apenas accionó contra el tercero civilmente responsable en la demanda adicional, que no por ello deja de ser completa, es obvio que es en dicho momento cuando hace uso del poder de accionar agregadamente entregado por los perjudicados. En este sentido, resulta artificiosa la distinción que pretende el censor, porque el poder de acción se ejerce tanto en una demanda inicial como en la adicional, desde luego referido a demandados diferentes y en cada uno de esos instantes el abogado tenía mandato para dirigirse contra uno y otro.

Lo importante es que la parte civil aún se hallaba dentro de la oportunidad procesal para reclamar los perjuicios, bien en contra del procesado ora en relación con el tercero civilmente responsable (art. 45 C. P. P.), siempre que en este último caso la acción no llegue a ser tan tardía que dificulte enormemente la defensa y la contradicción de pruebas por el demandado, esto es, hasta el traslado del artículo 446 C.P.P. como lo definió la Sala en fallo de junio 12 de 1997 con ponencia del Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Pues bien, basta señalar que en este caso, a pesar de que el tercero fue llamado por medio de una demanda adicional, ésta se intentó desde la fase de la investigación y fue admitida formalmente por el fiscal instructor en el interlocutorio del 11 de mayo de 1993 (fs. 185-186). Además, la demandada inicialmente se dio por enterada de las pretensiones en su contra y de la resolución que las admitía, pues por ello proveyó a otorgar poder a un abogado en su "condición de tercero en el proceso" (fs. 190) y después fue integrada en el conocimiento de la respectiva decisión (fs. 191vto.).

De otra parte, el apoderado del tercero civilmente responsable realizó una amplia intervención en el proceso. Así, hizo sendas solicitudes de copias como sujeto procesal (fs. 191 y 195); presentó la alegación precalificatoria no satisfecha para pedir la desvinculación de su acudida (fs. 218-220 y 239-240); tuvo la oportunidad de interrogar al procesado en la audiencia pública (fs. 332); hizo su libre intervención como parte en el mismo acto (fs. 346-348) y finalmente interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado (fs. 375-379).

De modo que es cuando menos necio, frente a tan garantizada intervención, aducir violaciones al debido proceso y el derecho de defensa en relación con el tercero civilmente responsable.

No es viable esa primera censura.

Segundo Cargo

Esta censura se refiere a una supuesta violación directa de la ley sustancial, tal vez por indebida aplicación de los artículos 2347 y 2356 del Código Civil. El reproche básicamente se refiere que esa dos normas indebidamente activadas suponen una relación de subordinación entre el au-

tor material del hecho y el tercero civilmente responsable, vínculo cuya inexistencia el Tribunal reconoce en este caso, a pesar de lo cual hizo uso de los mencionados preceptos. De otra parte, según el actor, la solución tal la tributaba el artículo 2341 del mismo estatuto, pero tal disposición no fue objeto de debate en este proceso.

En este punto la Sala comparte la apreciación de la Procuraduría Delegada, en el sentido de que los argumentos de ataque han dejado intactos los razonamientos del Tribunal sobre el origen de la responsabilidad de la persona condenada como civilmente responsable. En efecto, basta citar las siguientes reflexiones del *ad quem*:

"Ahora, si bien es cierto quien causó el accidente fue un tercero, este hecho no cumple con los requisitos para exonerar de responsabilidad civil a quien detentaba la calidad de 'guardián' de la actividad peligrosa, esto es la señora Cabrera de Ramírez, pues además de conservar el poder efectivo de dirección y control del automotor fue quien propició que se pusiera en marcha la actividad peligrosa al suministrar las llaves de su rodante al acusado Jaime Alberto Pinzón Escobar, quien no contaba con licencia de conducción y además, atendiendo la forma en que ocurrió el hecho, demostró total impericia en la conducción de automotores.

"Aun cuando en el presente evento el joven Pinzón Escobar no era subalterno ni dependiente de Mynam Patricia Cabrera, igual le incumbe responsabilidad, en la medida que en ejercicio de sus poderes de guardián asumió comportamiento imprudente al permitir el uso del automotor a un joven de 19 años que, como ya lo expresamos y lo consigna en la sentencia el A-quo con argumentos que compartimos, era inexperta en la técnica de guiar automotores, al extremo que perdió el dominio de la máquina mostrándose totalmente imperito parra evitar el fatal resultado. Tal planteamiento encuentra sustento en el desarrollo jurisprudencial plasmado en la multicitada sentencia, en la que la H. Corte aclara: '... la obligación resarcitoria emanada de un hecho ilícito ajeno no desaparece si la actuación correspondiente debe reputarse como propia en virtud de una relación previa existente entre el autor material del daño y quien se presume responsable, e igualmente tampoco cesa dicha obligación si de alguna manera la conducta de éste último, cotejada frente a normas de comportamiento prudente previstas en la ley o impuestas por las circunstancias particulares que conforman el caso, ha de tenerse como antecedente inmediato de la ejecución del hecho por el tercero, todo ello en consonancia con los lineamientos conceptuales atrás rememorados y por fuerza de los cuales se sostiene con razón que, respecto del presunto responsable, el proceder del tercero deberá ser imprevisto e irresistible, puesto que si era evitable y por negligencia o descuido no se adoptaron medidas convenientes para impedirlo o para suprimir sus secuelas perniciosas, la imputación a aquél se le haga sería indiscutible, criterio por cierto acogido muchas veces por la Corte al señalar, invocando la reconocida autoridad de expositores franceses, que

si bien la prueba del hecho de un tercero puede destruir la presunción de culpa de quien se dedica a actividad peligrosa, ... ese hecho no puede ser imputable al demandado, cuando la culpa de éste haya provocado el hecho del tercero del que haya resultado un daño, esa culpa es la causa verdadera del perjuicio. El hecho del tercero, entonces, no es ajeno al demandado...".

Así entonces, la demanda en este aspecto no sólo carece de razón suficiente, en el sentido de que omite la controversia de bien fundadas expresiones de responsabilidad en la sentencia de grado, sino que además se aparta de la técnica del recurso, pues, en el fondo, lo que el actor quiere es ignorar la interpretación que el Tribunal hizo del artículo 2356 del Código Civil, con fundamento en autorizada doctrina de esta Corte. En otras palabras, el demandante no toca esa bien ponderada hermenéutica del precepto en cuestión, según la cual son acumulables las responsabilidades por el hecho ajeno y la guarda de cosas peligrosas, sino que pretende una indebida aplicación de la misma norma sin haber incidido aún sobre el entendimiento que la doctrina le dispensa, cuando en el fondo su discrepancia es con el modo de ver la disposición.

Lógicamente, no es posible hablar de aplicación debida o indebida de una disposición, sin haber desplegado previamente la operación previa de su interpretación. Aquí la disputa era por el sentido y el alcance del artículo 2356 del Código Civil, no por su indebida aplicación y la consecuente falta de aplicación de otra norma, mas a ello no se concretó el argumento del censor.

Tampoco puede prosperar este segundo cargo.

En mérito a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INIMPUTABILIDAD-Experticio médico legal

Debe la Sala reiterar su constante doctrina en esta materia, según la cual implica violación al debido proceso y de contera eventualmente al derecho de defensa, como motivos de invalidación de lo actuado, la pretermisión del experticio médico legal solamente cuando la presencia de indicios sobre la probable inimputabilidad del agente del hecho punible, hacen imperativo auscultar sobre la aptitud o capacidad de comprender la antijuridicidad de su conducta, es decir, de someterse al contenido de las normas y de dirigir su comportamiento de acuerdo con tal comprensión.

Esta obligación del funcionario judicial, aun cuando no aparece específicamente consagrada en la ley procesal penal posterior al Código de 1971 -incluido el Decreto 2700 que actualmente nos rige-, cuyo artículo 411 de manera expresa la contemplaba, deviene del hecho de tener que valorarse como necesaria su indagación psiquiátrica, cuando median fundados y serios elementos de juicio deducidos de las particulares circunstancias en que el punible se cometió o por Antecedentes conocidos en autos sobre el estado mental del procesado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 10216

Aprobado acta No.154

VISTOS

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Carlos Alberto Solarte Ortega, contra la sentencia del primero de agosto de 1994 por medio de la cual el Tribunal Superior de Cali *confirmó* la dictada en primera instancia por el Juzgado 13 Penal del Circuito de la misma ciudad el 4 de febrero de dicho año, que lo condenó en dos causas acumuladas, junto con Libardo Urbano Macca a la pena prin-

cipal de veintisiete (27) años y tres (3) meses y veintisiete (27) años y seis (6) meses de prisión, respectivamente, como coautores responsables de los delitos de doble homicidio agravado, hurto calificado y agravado, (consumado y tentado) y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal, en concurso homogéneo para este último.

HECHOS

Correspondiendo a cada una de las dos causas acumuladas, pueden sintetizarse en el orden cronológico en que sucedieron, así:

Los primeros tuvieron ocurrencia el día 25 de octubre de 1992 entre las 3:30 y 4:00 de la madrugada en inmediaciones del Barrio 'La Isla' de la ciudad de Cali, cuando habiéndose terminado las bebidas en una fiesta de la que participaban varios jóvenes, John Jairo Ordóñez salió en búsqueda de una tienda para abastecerse de licor, siendo abordado por dos hombres que se movilizaban en una moto, quienes lo condujeron hacia un lugar oscuro propinándole un golpe en la cara con la cacha de un revólver y despojándolo de todas sus prendas, siendo sorprendidos por varios amigos de la víctima cuando se aprestaban a dispararle, entre quienes se encontraba Hugo Ferney Montoya Aristizábal el cual les recriminó por el hecho, obteniendo como respuesta un disparo que le interesó el borde esternal izquierdo a nivel de la cuarta costilla con compromiso del corazón, á causa del cual murió cuando se le prodigaba asistencia en el Hospital San Juan de Dios. Los asaltantes huyeron de inmediato, llevándose consigo unas zapatillas "Reebook" pertenecientes a Jhon Jairo.

Los otros hechos investigados sucedieron aproximadamente a las 4:30 de la mañana del mismo día, en momentos en que José Nabor Cano Álvarez y su amiga Sonia Paque Rentería se dirigían al Motel "La Machaca" ubicado en la carrera 1D Bis, Calle 43 esquina, siendo abordados por dos individuos que se desplazaban en una motocicleta, quienes les exigieron la entrega de su dinero, procediendo a golpear en la cara a José Nabor cuando éste se metía las manos al bolsillo en cumplimiento de lo requerido, para enseguida hacerle un disparo que ingresó al cuerpo por el tercer espacio intercostal derecho lesionando de manera grave el corazón y los pulmones, con pérdida aguda de sangre que determinó su deceso.

Como una patrulla de la policía había acudido a dicho establecimiento minutos antes al ser informada por la central sobre una pelea y se encontraba por la entrada principal, al escuchar la detonación, los agentes Diego Hernán Ruiz Imbachi y Manuel Urbano Ortiz se dirigieron hacia ese lugar, aprehendiendo a Carlos Alberto Solarte Ortega cuando pretendía huir y a Libardo Urbano Macca después de perseguirlo por algunos metros y responder a los disparos que hiciera en su retirada.

ACTUACIÓN PROCESAL

Las primeras diligencias adelantadas por la muerte del joven Hugo Ferney Montoya Aristizábal estuvieron a cargo de la Unidad 120 Permanente de la Fiscalía, a quien correspondió el levantamiento del cadáver, recepcionando además los testimonios de los amigos del interfecto Milton Fabián y John Jairo Ordóñez Paz y Nilson Alexander Aguirre Parra, decretando la apertura de instrucción el 27 de octubre de 1992, en cuya virtud escuchó en indagatoria a Solarte Ortega y Urbano Macca, resolviendo su situación jurídica mediante resolución del 10 de noviembre posterior con medida de aseguramiento detentiva por los delitos de homicidio, hurto, lesiones personales y porte ilegal de armas.

Allegadas fotocopias de las averiguaciones que por separado se estaban cumpliendo en razón de los hechos en que resultara muerto Cano Álvarez, se oyó la declaración de los policías Diego Hernán Ruiz Imbachi y Manuel Urbano Ortiz, así como también fue recibido el resultado del estudio de balística en el cual se determina que el proyectil recuperado en el cuerpo del menor muerto habría sido disparado por el arma encontrada en poder de los procesados.

Con estos elementos se declaró cerrada la investigación, calificándose el mérito de las pruebas el 30 de junio de 1993 mediante resolución acusatoria por los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, decisión que fue integralmente confirmada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cali al desatar la apelación, el 31 de agosto posterior.

Entre tanto, por la muerte de Cano Álvarez, también avocó conocimiento la Fiscalía 120 Permanente, disponiendo del levantamiento del cadáver, e incorporando fotocopias de las diligencias cumplidas con ocasión del primer suceso criminal, para declarar con base en estos elementos probatorios abierta la investigación el 26 de octubre de 1992, escuchándose en indagatoria a los implicados y recepcionándose los testimonios de Sonia Paque Rentería y Jorge Rojas Sánchez, como también adelantada la diligencia de reconocimiento en fila de personas, la cual arrojó resultado positivo por parte de la señora Paque Rentería, Milton Fabián y John Jairo Ordóñez en relación con Urbano Macca, siéndoles resuelta su situación jurídica el 30 de octubre posterior con detención preventiva por los delitos de homicidio, hurto tentado y porte ilegal de armas.

Cerrada la investigación, la Fiscalía 15 de la Unidad de Delitos contra la vida, libertad y pudor sexual calificó su mérito mediante resolución acusatoria de fecha 19 de febrero de 1993, por los delitos de homicidio agravado, hurto calificado y agravado en grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, siendo confirmada por la segunda instancia el 14 de abril posterior.

Antes de disponerse sobre la unificación de las dos investigaciones, se allegó en este asunto el resultado del estudio de balística, según el cual el proyectil recuperado en la necropsia a José Nabor Cano Álvarez no habría sido disparado por el arma decomisada a los procesados, siendo objetado por el Fiscal 15 y obteniéndose en un nuevo experticio conclusiones similares.

Decretada la acumulación mediante auto del 23 de septiembre de 1993 y adelantada la etapa del juicio para los dos procesos, se celebró la audiencia pública, profiriéndose las sentencias de primera y segunda instancias en los términos consignados en precedencia.

Demanda

Primer cargo

Con fundamento en la causal tercera del artículo 220 del C. de P.P., acusa el defensor de Solarte Ortega la sentencia impugnada, por haber sido proferida dentro de un proceso viciado de nulidad, con vulneración del derecho a la defensa, derivado de haberse omitido la práctica de diversas pruebas demostrativas de la inimputabilidad de los procesados en el momento de la comisión de los hechos.

Refiere el demandante que algunos de los testigos habrían manifestado respecto de las personas que realizaron los hechos criminales que "tenían que estar bajo los efectos de algo", como también que precisamente por ello un agente de la policía ordenó la toma de muestras de sangre para alcoholemia (fl.12), siendo esto mismo lo dispuesto por la Fiscalía mediante resolución del 25 de octubre de 1992 (fl.10). Además, estos Antecedentes se complementan muy bien con las anotaciones policiales que dan cuenta de que al momento de su captura los procesados se encontraban muy nerviosos.

Apoyado en algunas citas jurisprudenciales relacionadas con la necesidad de inquirir en algunos casos sobre la imputabilidad del implicado, colige el imperativo de que se hubieran sometido a los procesados a experticias médico-psiquiátricas, pues las distintas "piezas procesales advertían sobre conductas anormales de los sujetos al actuar".

Solicita, en consecuencia, casar el fallo recurrido pues en su criterio resulta incontrovertible la necesidad de ordenarse la práctica de distintas pruebas para determinar la inimputabilidad de los procesados.

Segundo cargo

Lo propone el censor con respaldo en el cuerpo segundo de la primera causal de casación contemplada en el artículo 220 del C. de P.P., por error en la apreciación de las pruebas.

Manifiesta en primer término el actor que el Tribunal rechaza que los hechos hubieran sucedido simultáneamente, pues fija los primeros como acontecidos entre las 3:30 y 4:00 a.m., de acuerdo con las informaciones suministradas por los amigos de la víctima, en tanto que los que dieron lugar a la muerte de Cano Álvarez los fija a eso de las 4:30 a.m., *omitiendo* el testimonio del administrador del Motel "La Machaca", Jorge Rojas Sánchez, quien señaló como el momento de su ocurrencia las "tres y media o cuatro de la mañana" y *tergiversando* la declaración del policía Ruiz Imbachi para quien la captura de los procesados se produjo de las "tres veinte o veinticinco a las cuatro de la mañana", al igual que lo expresado por la señora Sonia Paque Rentería para quien la muerte de su amigo se produjo a las "4:20 de la madrugada".

También habría *omitido* el fallador, el libro de registro de entradas de pacientes al Hospital San Juan de Dios, que acredita como la hora en que fue llevado el menor Hugo Ferney Montoya las "4:40 a.m.", pues si de acuerdo con la distancia existente entre el barrio "La Isla" hasta dicho centro asistencial tal recorrido se puede hacer en 20 minutos, es evidente que a las 4:20 A.M., otras personas distintas a los procesados tenían que estar cometiendo el segundo crimen.

A renglón seguido y por ende, sin orden alguno, independencia ni precisión, resalta el actor otros "argumentos para la demostración del cargo", que ahora se dirigen a escrutar con absoluta minuciosidad, la descripción que de los autores de los hechos hicieran los amigos de Hugo Ferney Montoya, las prendas que vestían en la madrugada de autos y las características de la moto en que se desplazaban (Fls. 2, 18, 20, 23, 84 y 92 C.O.1) comparándola con los detalles que sobre las personas aprehendidas dieron los agentes que intervinieron en desarrollo del segundo episodio y con los pormenores que en iguales aspectos sentó Sonia Paque Rentería, demostrando así según su criterio, las diversas inconsistencias existentes, que denomina "errores de hecho" y que advierte no constituyen ningún enfrentamiento con la valoración del sentenciador.

Colige así, que "tales descripciones de los testigos, muestran que personas distintas, a pesar de presentar rasgos parecidos como el acné, verbigracia, tan común en jóvenes de esa edad, fueron los protagonistas del acontecimiento trágico en el barrio 'La Isla'", toda vez que no tendría explicación que los jóvenes testigos hubieran omitido referir que el conductor de la moto tenía puesta una chaqueta azul, cuando es evidente que al momento de su captura Solarte Ortega tenía puesta una prenda de estas características.

Ahora, en relación con la afirmación del Tribunal según la cual debe estimarse como un "olvido" que no se hubiera dejado consignado en el informe inicial por las autoridades policiales que al capturar a los procesados se encontró en su poder las zapatillas marca "Reebook" hurtadas a

John Jairo Ordóñez, las que después le fueron exhibidas a los diversos testigos, para el actor, esta conclusión deviene de haberse omitido los referidos informes, pues evidentemente dentro de ellos no obra la recuperación de dichos tenis, lo que habría llevado al juzgador a no aceptar la duda probatoria existente sobre este hecho.

Plantea también, pero ahora como "error de derecho" el hecho de que no obstante ordenarse que el experticio técnico de balística del arma incautada y del proyectil recuperado en el cuerpo de Montoya Aristizábal, se realizara por "peritos en la materia", esta tarea solo fue encomendada a "un perito" (fls. 304 y 305), en contravía con lo ordenado en la resolución que decretó esta prueba, aun cuando además este proveído, a su turno, habría incumplido los requisitos del art. 269 del C. de P.P., al no señalar el lapso en que debía ser practicada.

De otra parte, fuera de calificar esta experticia de "incompleta" e "irregular", habida cuenta que se ignora el proceso dentro del cual es rendida, al extremo de que se remite a una autoridad distinta de aquélla que conocía del presente asunto, llama la atención sobre el hecho de que el resultado de la otra experticia donde se coteja el arma con el proyectil recuperado en el cuerpo de Cano Álvarez fuera negativo, contraste a través del cual se evidenciaría su ajenidad con este homicidio(fls. 291 y ss.).

Agrega, de otra parte, que una "Situación exactamente idéntica" se presenta, con la diligencia de reconocimiento en fila de personas, pues los procesados no fueron asistidos por sus defensores, afectándose así su legalidad. sino por un abogado designado para ese procedimiento y dicha prueba se decretó mediante auto de sustanciación y fue practicada a las "5:20 p.m.", razones todas para considerar por dicho motivo que se habría incurrido en evidente error de derecho.

A manera de síntesis y por razón de mediar ostensibles errores de hecho y de derecho, que condujeron al sentenciador a "dar por demostrados los elementos estructurales del hecho punible de Homicidio", que ni en este acápite ni en ninguno con antelación discriminó, ya que indistintamente el cuestionamiento lo fue respecto de pruebas tomadas como fundamento en la sentencia para demostrar la responsabilidad por el homicidio de Montoya Aristizábal y de Cano Álvarez, solicita a la Sala proceda a casar la sentencia disponiendo que la pena a que se hace acreedor Solarte Ortega es la de 17 años en lugar de los 27 años y 3 meses a que fuera condenado.

CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO:

Primer cargo

Para el Procurador Tercero Delegado en lo Penal, el cargo por nulidad contiene evidentes yerros técnicos en su presentación que lo tornan in

adecuado para el logro de los fines perseguidos, pues se dedica a sostener la necesidad que la investigación tenía de que se practicara una prueba siquiátrica a los procesados, a partir de deducciones propias y de una lectura sectorizada de algunos testimonios, que frente al desconocimiento de los móviles del hecho, cumplieron con el único propósito de atribuirle a estar "bajos los efectos de algo" su realización, sin que desde luego de esas afirmaciones hubiera hecho surgir la menor inquietud en torno a la conveniencia de su práctica.

No siendo una hipótesis válida de investigación la eventual inimputabilidad de los procesados, como que salvo algunas aisladas expresiones de los amigos de la víctima, dentro de la investigación absolutamente nada apuntaba hacia dicha posibilidad, tratándose además de un mero planteamiento sin demostración alguna, lo determinante es la improsperidad del cargo.

Segundo cargo

Para el Representante del Ministerio Público este reproche formulado por presuntos errores de hecho carece de demostración, toda vez que se orienta a plantear deducciones diversas a aquéllas hechas por el sentenciador, con miras a la duda con poder suficiente para determinar la absolución de Solarte Ortega.

Así, en relación con los yerros en que se dice incurrió el Tribunal para afirmar la hora probable en que ocurrieron los hechos, se trata de una simple interpretación y valoración de las distintas pruebas en que se hace referencia a dicho momento, sin que de ello pueda derivarse ningún error de su parte, máxime cuando tanto el informe policial, su ratificación y el testimonio de Sonia Paque Rentería son en lo básico coincidentes en la fijación de aquél instante en que los mismos se produjeron.

En relación con "el otro sector del libelo", precisa el Procurador que el ataque se construye a partir de aseveraciones rotundas que no tuvieron tal alcance en el desarrollo del proceso, como también destacando imprecisiones propias de la prueba testimonial, que desde luego no configuran distorsión probatoria.

En efecto, reconocer algunas diferencias en cuanto a la piel u otras características de los procesados, tiene que ver con las distintas condiciones de percepción y descripción de los testigos, pero en manera alguna con la credibilidad que les de el juez en virtud de la valoración conjunta de todas ellas.

En relación con el error referido a la deducción sobre la persona que conducía la moto, derivado del hecho de que se ha afirmado que al momento de su retención Solarte Ortega poseía una chaqueta de color azul que no obstante no le vieron puesta los amigos de la primera víctima, en el campo de las deducciones en que entra el actor, para el Ministerio Público

bien podría pensarse que entre uno y otro hecho se intercambiaron las prendas. En todo caso, tampoco se estaría en presencia de ningún yerro probatorio.

En este mismo orden de ideas, propone el actor divergencias en el contenido de algunas pruebas, que para el Delegado pueden existir entre ellas, pero no entre las deducciones del fallador y su contenido, refiriéndose en este caso a la falta de reporte de las zapatillas en los informes policiales, al color de la moto, el mérito otorgado a la prueba balística e inclusive, a la validez de la prueba al no haber sido practicada sino por un perito cuando debió serlo por varios.

Con este recurrente alegato, estima el Procurador ha incurrido el censor en por lo menos dos graves errores de técnica; el primero pretender imponer sus deducciones probatorias a las del sentenciador; en segundo lugar, alega otra clase de errores que no habían sido planteados, como son los de derecho por falso juicio de legalidad.

Concluye así, que "el recurrente introdujo aspectos que por su naturaleza debían ser compendiados en cargo separado y subsidiario, porque si lo cuestionado es la aducción de la prueba al proceso -balística y reconocimiento-, nada más impropio que tratarlos simultáneamente con aquellos ataques en los que se reconoce su válida incorporación y se cuestiona su valoración o la apreciación de su contenido, proposición evidentemente contradictoria".

En consecuencia, para el representante del Ministerio Público, la demanda no puede prosperar.

CONSIDERACIONES

Primer cargo

1. Para el actor, la sentencia impugnada se profirió en un proceso viciado de nulidad, al haberse omitido la práctica de la prueba pericial que permitiera establecer el estado mental de los procesados, irregularidad que en su opinión es lesiva del derecho de defensa.

2. Siendo esta la genérica formulación del reproche, debe la Sala reiterar su constante doctrina en esta materia, según la cual implica violación al debido proceso y de contera eventualmente al derecho de defensa, como motivos de invalidación de lo actuado, la pretermisión del experticio médico legal solamente cuando la presencia de indicios sobre la probable inimputabilidad del agente del hecho punible, hacen imperativo auscultar sobre la aptitud o capacidad de comprender la antijuridicidad de su conducta, es decir, de someterse al contenido de las normas y de dirigir su comportamiento de acuerdo con tal comprensión.

3. Esta obligación del funcionario judicial, aun cuando no aparece específicamente consagrada en la ley procesal penal posterior al Código

de 1971 -incluído el Decreto 2700 que actualmente nos rige-, cuyo artículo 411 de manera expresa la contemplaba, deviene del hecho de tener que valorarse como necesaria su indagación siquiátrica, cuando median fundados y serios elementos de juicio deducidos de las particulares circunstancias en que el punible se cometió o por Antecedentes conocidos en autos sobre el estado mental del procesado.

4. En el presente caso, no obstante que el actor ha acudido al motivo de nulidad fundado en la eventual inimputabilidad de Solarte Ortega, sobre la cual no se habría auscultado en la investigación, los argumentos aducidos como justificadores del esfuerzo investigativo que ha debido emplearse en dilucidar este aspecto por parte de los funcionarios judiciales, resultan de una notable precariedad y pobreza argumental que forzosamente terminan por hacer infundado el reproche.

5. En efecto, son las aisladas expresiones de los amigos de Hugo Ferney Montoya Aristizábal según las cuales los autores de su crimen "tenían que estar bajo los efectos de algo", como también el hecho de haberse ordenado examen de alcoholemia a los procesados y el estado de nerviosismo que tenían una vez fueron capturados, todo el fundamento del censor para colegir la necesidad de su evaluación siquiátrica, cuando ninguna de estas circunstancias aisladamente considerada o la suma de todas ellas, permiten seriamente hacer un juicio de imputabilidad que conduzca a la necesidad de profundizar en este conocimiento o poner en duda el dominio de sus facultades intelectivas para el momento de la realización de los hechos.

6. Cobra mayor fuerza lo anterior si se tiene en cuenta lo manifestado por los procesados Solarte Ortega y Urbano Macca en la indagatoria, frente a las concretas imputaciones que se les hicieran, en el sentido de justificar los hechos mediante una coartada compartida, sustentada en la necesidad de defender su vida del ataque que "una pandilla" de jóvenes les hiciera, la cual narran en abundantes y hasta contradictorios detalles, que indican muy a las claras su ánimo de sustraerse al reproche penal, pero bajo ninguna circunstancia una siquiera hipotética limitación de sus capacidades para comprender lo antijurídico de su proceder, resultando por ende impertinente cualquier exigencia al funcionario judicial de haber realizado esfuerzo alguno por establecer su imputabilidad, cuando carecía de cualquier motivo para dudar de ella.

El cargo, por consiguiente, no prospera.

Segundo cargo

1. Múltiples en verdad son las deficiencias técnicas que frente a este reproche pueden destacarse, como con acierto lo sostiene el Ministerio Público, predicables por la manera confusa como el actor desarrolla los presuntos errores en la apreciación probatoria en que dice habría incurrido el Tribunal.

2. Para comenzar, es evidente la falta de claridad y precisión respecto de los afirmados yerros probatorios que se atribuyen a la sentencia, como que se establece en esta materia una particular mezcla entre el contenido de la prueba, esto es su objetiva significación, el cotejo entre la diversa testimonial obrante en el proceso y la valoración que a través del análisis conjunto de ella hace el fallador en la sentencia.

3. A su turno, la crítica probatoria, que no los errores de esta índole atribuidos al Tribunal, obvia por igual la demostración de su carácter trascendente, ya que se trata de simples enunciados, dentro de los cuales se omite además señalar las razones por las cuales su concurrencia redundaría en una decisión absolutoria, como a veces lo insinúa aun cuando ni siquiera en este aspecto existe coherencia, tal y como se hace elocuente a través de todo el libelo, con la pretensión de desvirtuar por igual algunos medios de convicción que han servido de sustento a la condena por los delitos investigados en las dos causas acumuladas, pero inesperadamente su petición final apunta a una disminución del cuantum punitivo deducido por el juez, como si la discrepancia con el fallo fuera apenas parcial, pese a que ninguna circunstancia que posibilitara dicha atenuación es concretamente alegada y tampoco ha existido de su parte conformidad con la responsabilidad de su representado frente a alguno de los hechos objeto de la condena.

4. Así, para comenzar, respecto a las supuestas diferencias sobre la hora exacta en que sucedieron los hechos dentro de los dos procesos acumulados, pues como debe recordarse su realización tuvo un desenvolvimiento temporal continuo, esto es, apenas interrumpido por la distancia existente entre el escenario en que cada suceso se produjo, que se observan según el demandante entre los diversos testigos y los agentes del orden que retuvieron a los implicados, tales disparidades en modo alguno configuran errores de hecho por falsos juicios de existencia o de identidad, que son propios de la apreciación probatoria y no del cotejo abstracto entre los diversos elementos de convicción, a la manera como los ha propuesto el actor.

5. Además, resulta claro que en esta materia desde luego que el juzgador no estaba forzado a atender la expresión que de la hora aproximada de los hechos hizo el testigo Rojas Sánchez, empleado del Motel "La Machaca", a la cual le da prelación el demandante sobre la demás prueba de igual índole con el ánimo de crear una aparente perplejidad, como de haberse producido la muerte de Cano Alvarez entre 3:30 y 4:00 a.m., pues aparte de que él mismo infundió dudas sobre el particular al hacer la salvedad "pero no estoy seguro porque no estoy pendiente de la hora", los demás testigos coincidiendo prácticamente por unanimidad sostuvieron que éstos ocurrieron después de las 4:30 a.m., lo que a su turno armoniza perfectamente con el dicho de los amigos del joven Montoya Aristizábal, sobre el hecho de que la muerte de éste se produjo entre las 4:00 y las

4:30 a.m., circunstancias todas estas que le habrían permitido al Tribunal establecer el lapso probable dentro del cual sucedió cada episodio, acorde con las particularidades en que los mismos se produjeron.

Debe igualmente enfatizarse, que en el caso *sub judice* la hora precisa de ocurrencia de los acontecimientos no tiene, en manera alguna, la relevancia que el demandante le atribuye dentro de su minuciosa observación de este hecho dentro del proceso, en una clara indiferencia frente a otros aspectos del punible dentro del orden como fueron realizadas las conductas, pues su ejecución no estuvo condicionada por la dinámica conjunción de tiempo y espacio, sino que se trató de dos delincuencias que se sucedieron una a otra dentro de un determinado lapso perfectamente establecido a través de los distintos medios allegados al expediente.

6. Tampoco son admisibles como errores fácticos del Tribunal, las diferencias en que pudieron incurrir en sus relatos los amigos de Montoya Aristizábal sobre la descripción física o sobre la manera como vestían los agresores, o el vehículo en que se movilizaban, en la medida en que precisamente corresponde al fallador en el deber de valoración conjunta de la prueba determinar cuáles son las conclusiones que con estricta sujeción a los parámetros de la sana crítica los distintos elementos probatorios permiten, sin que desde luego pueda imputarse al juez como defecto de su apreciación la disímil percepción de los fenómenos por parte de los testigos, mientras en su análisis no modifique el contenido objetivo de lo expresado por ellos.

7. Como quiera que idéntico reparo habría sido propuesto por el defensor al sustentar la apelación contra la sentencia de primer grado, para desvirtuar el defecto probatorio ahora aducido en casación, oportuno resulta traer a colación la respuesta que sobre este particular se diera por el Tribunal en el fallo impugnado. En efecto, allí se dijo:

"En lo que concierne a las características de los individuos que dieron muerte a Hugo Ferney Montoya, los datos suministrados por los testigos de este hecho Milton Fabián Ordóñez (fl. 5 vto.), Nilson Alexander Aguirre (fl.7) y Jhon Jairo Ordóñez Paz (fol. 9 y ss.), este último la persona contra quien se realizó el atentado al patrimonio económico en el Barrio La Isla en inmediaciones del barrio Popular, son coincidentes con la descripción que hacen los agentes de la Policía que tuvieron oportunidad de sorprender a los asaltantes cuando en la parte exterior del 'Motel La Machaca' hacían víctimas de sus atropellos al señor José Nahor Cano Álvarez y también concuerdan con los datos que suministró la misma compañera del occiso, Sonia Paque Rentería. Como si esto fuera poco las características físicas que reseñan los mismos deponentes Milton Fabián Ordóñez (fl. 31 cdno. proceso No.2), Nilson Alexander Aguirre, (fl. 25 vto. 26 proceso No.2) y Jairo Ordóñez Paz (fol. 9 proceso No.2), son las que pudieron establecer los funcionarios que tenían a su cargo la recepción de las injuradas de los procesados Car-

los Alberto Solarte Ortega, conductor de la moto (fl. 37 vto. proceso No. 1 y 30 vto. proceso No.2), coincidiendo en que el conductor de la moto, Carlos Alberto Solarte Ortega es un hombre fornido, de mediana estatura, cabello corto, con cicatrices en la cara producidas por acné, quien al momento de los hechos llevaba una gorra con colores rojo y blanco y vestía chaqueta azul, mientras que su compañero Libardo Urbano Macco, el parrillero, más concretamente la persona que accionó el arma contra las dos víctimas, tiene 1, 65 de estatura, de tez trigueña, cabello corto, también robusto, vestían camisa blanca con rayas verdes, prendas con las cuales se le capturó y condujo hasta la Estación de Policía, donde el conductor de la moto se deshizo de la chaqueta azul en el calabozo (f.11) a donde fue confinado, estrategia que es empleada por algunos delincuentes para evitar su identificación".

8. Ahora bien, respecto de la crítica que el recurrente hace al sentenciador por haber afirmado que las zapatillas deportivas fueron puestas a disposición del funcionario investigador por parte de los agentes de la policía que aprehendieron a los procesados, cuando la verdad es que dentro de los informes pertinentes ellas no se relacionaron, si bien en principio es cierto que los susodichos documentos policiales no las mencionan, a conclusión diversa de aquella lograda por el Tribunal no es posible llegar, si se tiene en cuenta que la remisión de las diligencias por parte de la Unidad de Fiscalía Permanente efectuada el 26 de octubre de 1992, comprendió dicho objeto, al dejarse la siguiente anotación: "En la fecha remito las presentes diligencias en el estado en que se encuentran a la Fiscalía Especializada en vida y pudor sexual, va en dos cuadernos con 34 y 25 folios útiles, con detenidos sin indagar. Elementos 1 moto marca Susuki color negro de placas IWJ-45 TR.125, una cédula a nombre de José Nabor Cano Álvarez, 1 par de zapatillas color blanco marca Reebook", de donde razonablemente se colige que dichos elementos evidentemente sí fueron recuperados por la autoridad al momento de capturar a los procesados.

9. En lo atinente con la prueba pericial de balística relacionada con el cotejo del proyectil encontrado en el cuerpo de Montoya Aristizábal y el arma incautada, que para el censor adolece de vicios en su práctica y hace incurso al fallador en un error de derecho, debe responderse que los reparos contra ella son por completo superfluos, sustentados en dos argumentos faltos de seriedad y necesariamente deleznables. El primero, dice que como el fiscal de conocimiento ordenó que su práctica debería encargarse a "peritos en la materia", el hecho de haberla realizado "un solo perito" desdice de su legalidad; el otro asevera que en la resolución mediante la cual se ordenó esta prueba no se precisó el término dentro del cual tenía que rendirse el dictamen.

Como es notable, siendo que ninguno de estos dos supuestos requisitos de la prueba pericial atienden a las condiciones propias para su validez, la inocuidad de este alegato es ostensible; máxime cuando aún en-

tendiendo laxamente que el propósito del actor ha estado encaminado a desvirtuar el compromiso penal de Solarte Ortega en la muerte de Montoya Aristizábal, desde luego que tal orientación no resulta en modo alguno afortunada, visto como está que precisamente la prueba de balística permitió establecer identidad entre el arma homicida y el proyectil recuperado en el cuerpo de ésta víctima, con lo cual se desvirtúa por completo cualquier esfuerzo tendiente a demostrar el haber sido personas diversas a los procesados quienes cometieron dicho homicidio.

10. Tampoco es admisible, la sostenida ilegalidad de la diligencia de reconocimiento en fila de personas por el hecho de no haber estado asistidos los procesados por su defensor de confianza, toda vez que el Fiscal Quince de la Unidad Uno de delitos contra la vida, libertad y pudor sexual de Cali, en ausencia de aquél, les nombró un abogado que salvaguardara sus derechos en desarrollo de dicho acto.

Que el reconocimiento solamente se produjo respecto de Urbano Macca, al ser suspendida la diligencia y nunca reiniciada con posterioridad en relación con Solarte Ortega, con lo cual se evidencia, consecuencialmente, que en tales condiciones carecería su defensor de interés ante esta sede para la proposición de este reproche.

Este cargo, entonces, tampoco prospera.

11. Finalmente, como quiera que a partir del 14 de abril y el 31 de agosto de 1993 fechas en las que cobraron ejecutoria las decisiones calificatorias ha transcurrido un lapso superior a cinco (5) años, siendo éste el término prescriptivo para los delitos de porte ilegal de armas y hurto calificado y agravado en grado de tentativa imputados a los procesados (arts. 80 y 84 del C.P.), corresponde a la Sala hacer esta declaración, debiendo por lo tanto efectuar la redosificación punitiva, deduciendo de la condena el incremento que por estos punibles se les infirió en la sentencia.

De este modo, el Tribunal tomó como delito base en el caso de Solarte Ortega el de homicidio agravado con una pena de 17 años incrementada por el concurso delictual de homicidio agravado, doble hurto calificado y agravado (uno de ellos tentado) y un solo porte ilegal de armas, en 10 años y 3 meses, en tanto que para Urbano Macca partió de los mismos 17 años pero incrementados en 10 años y 6 meses, debido a que en su caso concurrían dos portes ilegales de armas.

Siendo ello así y aun cuando el fallador no fue lo suficientemente explícito al momento de dosificar la pena, la Sala tomando en cuenta los anteriores cómputos reducirá la sanción en tres (3) meses, por cada porte ilegal de armas y en seis (6) meses, en razón del injusto patrimonial no consumado, quedando por consiguiente la pena principal definitiva para Carlos Alberto Solarte Ortega y Libardo Urbano Macca en veintiséis (26)

años y seis (6) meses de prisión para cada uno como responsables de los delitos de doble homicidio agravado y hurto calificado y agravado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. DESESTIMAR la demanda de casación formulada a nombre del procesado Carlos Alberto Solarte Ortega.

2. DECLARAR la prescripción de la acción penal por los delitos de porte ilegal de armas y hurto calificado y agravado en grado de tentativa atribuido a Solarte Ortega J. por estos mismos otro porte ilegal de armas imputados a Urbano Macca, en las causas acumuladas en esta actuación por lo que se ordena la cesación de todo procedimiento en su favor en relación con dichos punibles.

3. Como consecuencia de la prescripción decretada se reduce la duración de la pena de prisión impuesta como principal a los sentenciados Carlos Alberto Solarte Ortega y Libardo Urbano Macca en veintiséis (26) años y seis (6) meses, de prisión para cada uno como coautores responsables de los delitos de doble homicidio agravado y hurto calificado y agravado.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuellar, Secretaria.

DETENCION EN EL SITIO DE TRABAJO

Es evidente que por motivos de política criminal el legislador previó en el artículo 409 del C. de P. P. la posibilidad de que, durante el rito del proceso, el imputado tuviera como lugar de detención el propio lugar de trabajo, siempre que debiera éste proveer a la subsistencia de una o más personas.

Pero no basta la demostración de esa circunstancia para que el juzgador deba, sin más, disponer que se cumplan los efectos de tal disposición, puesto que sus beneficios no fueron consagrados para todos los procesados e indeterminados delitos. La ley exige, con tal propósito que se someta a estudio la conducta pasada del individuo, pues si cuenta en su disfavor con sentencia de condena por delito doloso o preterintencional (numeral 1°.), el resultado le será desfavorable; igual suerte tendrá si al examinarse su comportamiento durante el proceso se encuentra que ha tratado de sustraerse a sus resultados (numeral 3°.); y será negativo también, si el ilícito que se le reprocha supera la pena máxima de seis (6) años de prisión (numeral 2°.). Y esto último es apenas elemental, toda vez que el reproche y la repulsa social a determinadas conductas humanas se traduce por la punición de estas en las normas sustantivas, previéndose en la naturaleza de las penas la gravedad que se les atribuye, siendo catalogable de extrema gravedad las que entrañan traición a la noble misión de administrar justicia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre quince (15) de mil novecientos noventa y ocho (1998)

Magistrado Ponente Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Proceso No. 14970

Aprobado Acta No. 154

Llega a conocimiento de la Sala, por vía de apelación, la providencia de 30 de julio del presente año mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santiago de Cali negó al procesado doctor Julio César Rojas Rodriguez, ex juez 19 Penal Municipal de esa ciudad, la concesión de la detención parcial en el propio lugar de trabajo.

ANTECEDENTES INMEDIATOS

1. El procesado Rojas Rodríguez está siendo objeto de juzgamiento por el doble delito de prevaricato por acción, en procesos acumulados, pesando sobre él medida de aseguramiento de detención domiciliaria.

2. La defensa solicitó ante el Tribunal de instancia que se concediera al imputado la detención parcial en el propio lugar del trabajo por considerar que los requisitos consagrados en el artículo 409 del C. de P. P. estaban reunidos para su otorgamiento, toda vez que la única fuente de ingresos del incriminado estaba constituida por su sueldo de Juez del que fue privado a raíz de la suspensión del cargo, lo cual lo dejó en imposibilidad de proveer al sostenimiento de su esposa y de dos hijas.

3. El *a quo* despachó negativamente tal pretensión, puntualizando que si bien el requisito exigido por el precepto adjetivo relacionado con que la pena máxima prevista para el delito no debe exceder de seis años de prisión se reunía para los hechos ocurridos el 5 de enero de 1995 data para la cual el punible de prevaricato se hallaba reprimido con pena máxima de 5 años de prisión, no ocurría lo propio para el 30 de agosto de 1996 cuando se perpetró el ilícito cuyo proceso se acumuló a aquel, pues en materia de penalidad ya había operado cambio legislativo y el ilícito en cuestión se elevó a pena máxima de 8 años de prisión (Art.28 Ley 190 de 1995) lo cual hacía que fuera esquivo este beneficio al procesado.

4. El peticionario interpuso recurso de apelación contra tal determinación, aduciendo que como se estaba de cara a procesos acumulados y para efectos legales debía recibir tratamiento de un solo proceso, por favorabilidad debía considerarse el primero, que era más antiguo, como rector y tenerse en cuenta la penalidad máxima de 5 años que a ese punible se le fijaba para hacer viable la petición elevada, tanto más cuanto que por el segundo proceso, de más reciente ocurrencia, el procesado se hallaba disfrutando de excarcelación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Es evidente que por motivos de política criminal el legislador previó en el artículo 409 del C. de P. P. la posibilidad de que, durante el rito del proceso, el imputado tuviera como lugar de detención el propio lugar de trabajo, siempre que debiera éste proveer a la subsistencia de una o más personas.

Pero no basta la demostración de esa circunstancia para que el juzgador deba, sin más, disponer que se cumplan los efectos de tal disposición, puesto que sus beneficios no fueron consagrados para todos los procesados e indeterminados delitos. La ley exige, con tal propósito que se someta a estudio la conducta pasada del individuo, pues si cuenta en su disfavor con sentencia de condena por delito doloso o preterintencional (numeral

1°.), el resultado le será desfavorable; igual suerte tendrá si al examinarse su comportamiento durante el proceso se encuentra que ha tratado de sustraerse a sus resultados (numeral 3°.); y será negativo también, si el ilícito que se le reprocha supera la pena máxima de seis (6) años de prisión (numeral 2°). Y esto último es apenas elemental, toda vez que el reproche y la repulsa social a determinadas conductas humanas se traduce por la punición de estas en las normas sustantivas, previéndose en la naturaleza de las penas la gravedad que se les atribuye, siendo catalogable de extrema gravedad las que entrañan traición a la noble misión de administrar justicia, como ocurre con la conducta aquí imputada.

El beneficio cuyo reconocimiento se busca en pro del acusado, ciertamente no le es aplicable porque no obstante que no es predicable que en su contra gravite sentencia condenatoria, o que hubiere tratado de eludir su comparencia al proceso, sí es en cambio notorio que la última conducta que se le atribuye aparece cometida en vigencia del artículo 28 de la Ley 190 de 1995 que sanciona el prevaricato por acción con pena máxima de 8 años de prisión, sin que este mandato del legislador pueda caprichosamente ser desconocido con la simple invocación del principio de favorabilidad que no tiene en este asunto cabida, pues, si se trata de buscar benignidad por el tránsito de legislaciones, está fuera de toda discusión qué normas sustantivas deben aplicarse a las conductas imputadas, perfectamente delimitadas en el tiempo.

Ahora, tratándose de procesos acumulados y atendiendo que al tenor de lo dispuesto por el artículo 95 inciso 3 del C. de P. P. "...Efectuada la acumulación para todos los efectos legales se entenderá que las diversas actuaciones se convierten en un solo proceso..." siguese que la penalidad que marca la pauta para los propósitos de la disposición examinada es la prevista para el último punible reprochado, al cual queda subordinado el otro, lo que satisface la filosofía que inspiró al legislador al actualizar y determinar quienes eran merecedores de que sus beneficios cobijaran, de lo cual se excluyó la situación del procesado.

Habiéndose obrado con tino en la decisión censurada, merece confirmación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

CONFIRMAR, la providencia de fecha, contenido y origen indicados.

Vuelvan las diligencias al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego,

Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ CASACION

Una de las obligaciones que marcan el sendero de la tarea judicial en el momento de emitir sentencia, es el de la apreciación en conjunto de las pruebas por parte del funcionario competente, tal como mandan los artículos 254 y 180 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal.

De allí que al satisfacer uno de los fines primordiales del proceso deba el juez acometer la reconstrucción histórica de los hechos, en cuya labor, inicialmente por separado y luego en forma coaligada, los medios probatorios le tributan informaciones que a través de la sana crítica, regida por la lógica, la ciencia y la experiencia, le permiten al funcionario judicial tener una idea racional sobre lo acontecido e investigado, y, a partir de esta premisa, conocer al autor de la conducta prohibida legalmente y la forma como ésta se revela en el mundo fenomenológico.

Pero tal análisis plasmado en una sentencia no es ni mucho menos caprichoso o exento de control, sino que precisamente para evitar abusos de parte del fallador o para corregir los eventuales errores en dicha labor, los derechos afectados de los procesados pueden remediarse a través del recurso extraordinario de casación, en los casos señalados por la ley.

En esta tónica, la causal primera de casación en su cuerpo segundo fluye dirigida a combatir la ilegalidad de las sentencias promovidas a causa de errores cometidos sobre las probanzas. Así, la conocida violación indirecta de la ley sustancial, para que tenga vocación de éxito, exige la especificación del yerro indicando si es de hecho o de derecho y, tratándose de la primera de las formas, señalando si el falso juicio es de existencia o de identidad, sin olvidar su debida e inevitable demostración así como la incidencia o el efecto inmediato del error en la construcción de la respectiva sentencia.

Con este horizonte, entonces, la casación no es reducto de diferencias conceptuales acerca de la forma como han debido ser valoradas las pruebas, sino recurso por excelencia revisor de la sentencia cuya

doble presunción de acierto y legalidad sólo cae cuando de manera contundente el censor demuestra que adolece de trascendentales errores in procedendo o in iudicando.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D.C., octubre quince (15) de de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 10529

Aprobado Acta No. 154

VISTOS

Entra la Corte a decidir sobre la demanda de casación interpuesta por la apoderada del procesado José Ariel Torres Palacio contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá el 10 de noviembre de 1994, confirmatoria de la expedida por el Juzgado 27 Penal del Circuito el 4 de agosto del mismo año, mediante la cual declaró responsable al acusado del delito de homicidio, condenándolo a la pena principal de 25 años de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas durante 10 años, así como a la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados con el delito.

HECHOS

En la sentencia impugnada los narró así el Tribunal.

"Tuvieron ocurrencia en las primeras horas de la noche del 10 de julio de 1993 en el restaurante ubicado en la carrera 31 A No 8-48 de esta ciudad (Santafé de Bogotá, se aclara), *lugar a donde ingresaron los hermanos Florentino y Jorge Arturo Rodríguez Morales acompañados por Julián Prieto y debido a que la propietaria del establecimiento no los quiso atender, se presentó un incidente con su hijo Baldomero Bermúdez Holguín, quien intervino en defensa de su progenitora Francisca Holguín. En estos hechos, y por causas no claramente determinadas se vieron involocrados (sic) José Ariel Torres Palacio, Vitelmo Baquero y Omar Chacón Porras, quienes se encontraban allí ingiriendo licor; la riña continuó en la calle y en la misma resultaron lesionados por José ARIEL, provisto de arma cortopunzante Jorge Arturo y Julián. Luego de huir de ese lugar el mismo José ARIEL se encontró y enfrentó con Florentino Rodríguez Morales a quien le asestó una puñalada a la altura del corazón que le produjo la muerte en forma instatánea (sic). El Homicida Torres Palacio, quien vestía una chaqueta negra, corrió a refugiarse en las dependencias de una fábrica aledaña, donde ocultó el arma siendo capturado poco después por la policía".*

ACTUACIÓN PROCESAL

El mismo día de los hechos, el fiscal 20 de la Unidad Primera de Investigación Previa y Permanente de Santafé de Bogotá dictó resolución de

apertura de instrucción y ordenó recibir la injurada al capturado Torres Palacio, quien luego vio definida su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva.

Perfeccionada en lo posible la investigación se decretó su cierre y mediante interlocutorio que alcanzó ejecutoria el 11 de enero de 1994, el procesado Torres Palacio fue acusado formalmente por el delito de homicidio, mientras Baldomero Bermúdez Holguín, quien también había sido vinculado al trámite, alcanzó preclusión en su favor.

De la etapa del juicio conoció el Juzgado 27 Penal del Circuito, despacho que celebró la vista pública y dictó el fallo condenatorio de primer grado luego confirmado en su totalidad por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, siendo ésta la decisión atacada con el recurso extraordinario.

La Demanda

A partir de un supuesto falso juicio de identidad cometido por el Tribunal al valorar las pruebas testimoniales de los señores Jorge Arturo Morales, Julián Prieto, Jorge Enrique Peña y Baldomero Bermúdez, la censora indica que "*se dejó de aplicar el contenido de los artículos 247 y 445 del Decreto 2700 de 1991*".

Es así como después de sintetizar lo que en su opinión básicamente se desprende de cada uno de estos medios, dice que no se tuvo en cuenta que Jorge Arturo Rodríguez Morales y Julián Prieto Díaz fueron coincidentes en que "*habían varios sujetos armados y que luego del incidente en que resultaron lesionados, el acusado huyó hacia el norte y el hoy difunto seguido de Oswaldo (Baldomero) se fueron hacia el sur*", pues el Tribunal inexplicablemente concluyó que el procesado había dado una vuelta a la cuadra y regresó para lesionar a la víctima, refugiándose luego en el sector donde había iniciado el recorrido; consideración esta que para la impugnante "*carece de todo sentido y de cualquier lógica si nos detenemos a pensar que lo que buscaba el acusado era escapar de sus perseguidores y evitar salir mayormente lastimado puesto que ya había resultado herido*". Y si a lo anterior se suma que el sentenciado "*jamás había visto al hoy occiso*, agrega la censora, *y carecía de una razón para querer lesionarlo o mucho menos causarle la muerte*", hay que concluir "*que la apreciación de estos testimonios la considera desacertada la defensa, incurriendo así en error en cuanto a su apreciación*".

Respecto del testimonio de Jorge Enrique Peña Güzmán precisa que carece de credibilidad pues a pesar de haber afirmado ante la Fiscalía que observó el desarrollo de los hechos, según la primera declaración a una distancia de media cuadra y de acuerdo con la segunda a sólo diez metros, en la audiencia pública se supo que esto no era cierto pues según los

testimonios de Luz Edith Castillo, María Cecilia González y Zenén Ricaurte, él les confesó que no había presenciado los acontecimientos, razón por la cual es investigado por falso testimonio.

Del dicho de Baldomero Bermúdez apunta que se produjo en desarrollo de la indagatoria y "*la fiscal no procedió a juramentarlo en cuanto a los cargos que hacía contra un tercero, y olvidando también que era apenas lógico que quisiera inculpar a José ARIEL ya que en la medida que este se viera más comprometido dentro de los hechos, él resultaría favorecido con una preclusión de instrucción, como en efecto ocurrió*".

Con fundamento en lo anterior expresa que de haberse valorado debidamente las pruebas la conclusión hubiese sido diferente como que no se da el presupuesto de certeza necesario para condenar, procediendo la aplicación del *in dubio pro reo*.

En consecuencia, solicita de la Corte casar el fallo censurado y en su lugar proferir el sustitutivo absolviendo al acusado del delito de homicidio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal adjetiva de peculiar la manera como pretende la censura la ruptura del fallo en la medida en que de una supuesta tergiversación sobre las pruebas se traslada a la discusión del valor dado a las mismas, con lo cual muestra su verdadera intención.

Por lo anterior, considera que lo desarrollado en la demanda corresponde a la diferente manera como demandante y Tribunal analizan las pruebas, pues mientras la primera resalta inconsistencias de los testimonios para asumir determinados sectores de ellos y presentarlos como verdad absoluta sin "*procurar encontrar en su examen global y conjunto las exactas circunstancias de los sucesos materia del proceso*", el segundo sí abordó el estudio global del material probatorio buscando la verdad de lo acontecido.

Con el parangón a tres columnas de lo que del testimonio de Jorge Arturo Rodríguez Morales dice la demanda, el Tribunal y el acta misma de la prueba, destaca cómo a partir de tal ejercicio se evidencia la falta de análisis de la impugnante de otros elementos de convicción con los cuales la judicatura adquirió una dimensión diferente de los hechos que se desarrollaron en distintas etapas.

Lo anterior es suficiente -señala el Delegado- para entender el por qué incapaz de demostrar la recurrente el error aducido, terminó discutiendo la valoración dada por la judicatura a los testimonios, estimándolos indignos de credibilidad e insuficientes para brindar la certeza requerida por la ley para condenar, con el único argumento de que "*el procesado hubo de*

tomar diferente dirección a la señalada en la sentencia porque se encontraba herido". Situación que, continúa el representante del Ministerio Público, hace más precaria la demanda cuando en el acápite de la demostración se limita a enunciar "*que la recta apreciación de las pruebas habría conducido a declarar la falta de certeza sobre la responsabilidad del acusado y a reconocer, de contera, la vigencia del principio* in dubio pro reo *con la consiguiente absolución del procesado*".

Agrega que, contrario de lo que ocurre con la demanda, en la sentencia se estudiaron los numerosos testimonios que ubican a Torres Palacios untado de sangre en la fábrica, con el cuchillo escondido en un tarro y, en fin, todo aquello respaldado probatoriamente con suficientes elementos de juicio que llevaron a concluir al Tribunal que el condenado fue el responsable del homicidio.

Como epítome, sugiere no casar la sentencia atacada.

Consideraciones de la Corte

Una de las obligaciones que marcan el sendero de la tarea judicial en el momento de emitir sentencia, es el de la apreciación en conjunto de las pruebas por parte del funcionario competente, tal como mandan los artículos 254 y 180 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal.

De allí que al satisfacer uno de los fines primordiales del proceso deba el juez acometer la reconstrucción histórica de los hechos, en cuya labor, inicialmente por separado y luego en forma coaligada, los medios probatorios le tributan informaciones que a través de la sana crítica, regida por la lógica, la ciencia y la experiencia, le permiten al funcionario judicial tener una idea racional sobre lo acontecido e investigado, y, a partir de esta premisa, conocer al autor de la conducta prohibida legalmente y la forma como ésta se revela en el mundo fenomenológico.

Pero tal análisis plasmado en una sentencia no es ni mucho menos caprichoso o exento de control sino que precisamente para evitar abusos de parte del fallador o para corregir los eventuales errores en dicha labor, los derechos afectados de los procesados pueden remediarse a través del recurso extraordinario de casación, en los casos señalados por la ley.

En esta tónica, la causal primera de casación en su cuerpo segundo fluye dirigida a combatir la ilegalidad de las sentencias promovidas a causa de errores cometidos sobre las probanzas. Así, la conocida violación indirecta de la ley sustancial, para que tenga vocación de éxito, exige la especificación del yerro indicando si es de hecho o de derecho y, tratándose de la primera de las formas, señalando si el falso juicio es de existencia o de identidad, sin olvidar su debida e inevitable demostración así como la

incidencia o el efecto inmediato del error en la construcción de la respectiva sentencia.

Con este horizonte, entonces, la casación no es reducto de diferencias conceptuales acerca de la forma como han debido ser valoradas las pruebas, sino recurso por excelencia revisor de la sentencia cuya doble presunción de acierto y legalidad sólo cae cuando de manera contundente el censor demuestra que adolece de trascendentales errores *in procedendo o in iudicando*.

No empecé, las citadas reglas dejaron del todo de ser observadas por la recurrente en la demanda que ocupa la atención de la Corte pues no sólo bajo consideraciones personales sino también aisladas de cualquier esquema lógico, pretende derruir un fallo que mantiene indemne la condición de ser el producto de un cabal ejercicio judicial.

Dígase en primer lugar que constituye superlativa deficiencia el hecho de que después de plantearse como fundamento del ataque un supuesto falso juicio de identidad en la apreciación de algunos testimonios, pronto la censura pasa a convertirse en frontal oposición al grado de credibilidad dispensado por el juzgador a las mencionadas pruebas, situación que pone de presente la ausencia de demostración del fementido yerro, como que lo debido hacer por la impugnante era destacar de qué manera había irrumpido la judicatura afectando el natural y genuino contenido de las pruebas. Pero no, lo único que hace es afirmar que por algunas "*contradicciones y confusiones*" esos testimonios llevan "*a deducir que no merecen la credibilidad que se les ha asignado y que por tanto no son plena prueba para llegar a la certeza que se requiere para dictar sentencia condenatoria*".

Empero, el cargo no sólo deviene vacío de contenido sino que además la aseveración que le sirve de único e inane sustento deja ver la manera distorsionada como la actora interpreta la sentencia, pues en ésta el Tribunal reconoció la ambigüedad insinuada en algunos de los detalles suministrados por los deponentes, pero advirtiendo siempre que ellas no impedían que del análisis conjunto de las probanzas obrantes en el proceso se dedujera que el desarrollo de los hechos se presentó en tres muy precisos momentos, siendo en el segundo en el que el procesado provisto de cuchillo privó de la vida a su víctima.

Es así como se comprende que las tales contradicciones no existieron pues el axial en que se mueve la casacionista para presentarlas como evidentes es que el fallador sin sentido alguno determinó que el acusado había regresado a las proximidades donde se había desarrollado la primera escena de los hechos, pero sin demostrar cómo aquello era producto de una desfiguración de los testimonios vertidos por Arturo Rodríguez y Julián Prieto, por el contrario, es la misma censora quien reconoce que "*el acusado huyó hacia el norte*", sólo que en su opinión lo hizo con el ánimo de

refugiarse cuando se vio herido, pero olvidando que después de esa primera huida el procesado fue visto cuando regresó para infligir la mortal herida a Florentino.

Es este el segmento de los hechos que en vano busca ocultar la demandante cuando tilda de faltos de credibilidad los relatos de Jorge Enrique Peña y Baldomero Bermúdez con el peregrino argumento de que el primero no había sido testigo y que el segundo era acomodado a la propia conveniencia, punto de vista que como los demás que expone en el libelo no están fundados en ningún error amén de que desconocen los precisos contenidos de la sentencia.

En conclusión, el error enunciado en la demanda dejó de ser desarrollado por la libelista para optar por una desmedida y gratuita arremetida en contra del valor dado por el fallador a algunas de las pruebas que fueron soporte deductivo de la responsabilidad del procesado, con lo que el libelo desconoce que la apreciación de los medios de convicción en un sistema como el nuestro, donde por regla general el valor de las pruebas no está sometido a una tarifa legal, se reserva al juez quien para estimarlos sólo debe atender a la sana crítica, esto es a los dictados de la ciencia, la lógica y la experiencia.

El cargo no prospera.

En mérito a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE DEFENSA

Es claro que a la luz de la Constitución de 1991, el derecho de defensa ha de entenderse no como la simple apariencia por la asistencia de un togado, sino que impone una actuación profesional que haga de la garantía constitucional el ejercicio cierto y real del derecho a ser defendido a lo largo del proceso. Sin embargo, como de modo reiterado lo ha indicado esta Sala de la Corte, ese concepto de defensa tiene ante todo un carácter dual que desenvuelve su efectividad en defensa técnica y material, lo que surge, según lo ha resaltado la Sala en varias decisiones, una reciente la de junio 1o. de 1995 con ponencia del Magistrado Carlos E. Mejía Escobar, y

"...como lo señalan varios autores, del hecho de que por regla general (excepción hecha de algunas muy precarias actuaciones como los recursos extraordinarios) el derecho de postulación se ejerce de manera simultánea por el abogado defensor y por su asistido y de que la idoneidad y el consejo profesionales que supone dicha asistencia constituyen presupuestos para el ejercicio de la mayor parte de actuaciones que encarnan el derecho de ser oído y a contradecir, a pedir y a discutir sobre los hechos y sobre el derecho aplicable.

La protección, así concebida -no obstante, es añadido-, no constituye un vano formalismo sino una garantía llena de sentido, y es por ello que la Carta actual, a diferencia del impreciso mandato de la anterior, exige que una y otra coexistan durante todo el procedimiento, es decir, durante la investigación y el juicio..."

El ejercicio defensivo no simplemente consiste en pedir, recurrir, controvertir o aportar, y menos sobre la base de un juicio a posteriori y especulativo de que otros habrían podido ser los resultados, sino en una actividad precisa y concreta que no ignore ni viole la libertad y autonomía que en el ejercicio de su profesión concierna al abogado, seleccionando dentro de las varias estrategias defensivas aquella a su parecer más acertada, así ésta consista en el silencio o en la omisión de los recursos, cuyas ventajas no podrían ser desatendidas. En tal sentido lo ha reconocido la doctrina de esta Sala, por vía de ejemplo en decisiones de octubre 5 de 1994 y marzo 26 de 1996

con ponencia la primera del Magistrado Dr. Juan Manuel Torres Fresneda y la segunda con sustanciación del Magistrado doctor Carlos Mejía Escobar.

Dice, en efecto la Corte en la primera de las decisiones mencionadas:

"...de ninguna manera la simple inactividad de los defensores dentro de alguna de las etapas del proceso penal puede llegar a considerarse como vulneración del derecho de defensa, siendo estrategia válida y de recibo la simple tolerancia en el recaudo de las pruebas, el consentimiento de algunas providencias y aun la permisividad del simple transcurso inactivo del tiempo, pues de todas estas circunstancias pueden válidamente esperarse beneficios procesales para el vinculado (libertad, prescripción, duda, pronunciamientos más favorables o rápidos, etc.), lo que aparentemente torna esa pasividad en efectivo mecanismo defensivo, a la espera del pronunciamiento de los juzgadores, ora en la expectativa de que así se producirá éste de modo más benigno, o se hará vulnerable frente a pruebas ya obrantes, cuando no a vacíos importantes y difícilmente superables."

Y en el mismo sentido este criterio se reitera y complementa en fecha más reciente dentro del segundo texto invocado:

"Efectivamente, como lo afirma el censor, el profesional que fuera nombrado como defensor de oficio en este asunto, no ejerció acto alguno diferente al de tomar posesión del cargo y notificarse de la resolución acusatoria. Sin embargo, este hecho por sí solo no conduce a la declaratoria de nulidad, salvo que se demuestre la vulneración de los derechos fundamentales o de las garantías constitucionales en concreto. El concepto del derecho de defensa no se puede construir, como lo hace el recurrente, en la abstracta anticipación del resultado absolutorio del juicio, sino que se desenvuelve en función de las posibilidades reales de contradicción de los cargos y ello depende, en buena parte, de la información que sobre el asunto pueda suministrar el procesado, (sea reo presente o ausente), o de un estratégico silencio que impida la deducción de situaciones agravatorias a su posición jurídica, o de atenerse a que sea el Estado el que cumpla plena y cabalmente con la carga de probar el hecho y la responsabilidad. En fin, son demasiadas alternativas compatibles con la garantía de una defensa idónea, sin que siempre, detrás de la apariencia de inactividad, deba predicarse la carencia de contradictorio.

"Aparte de ello, si no se ha coartado la defensa material, permitiendo en todo momento su real ejercicio, como sucedió en el caso que

nos ocupa, no hay razón para concluir en el desconocimiento de un derecho a la defensa que afecta el curso normal del proceso, máxime cuando en parte del trámite de éste, el implicado estuvo asistido por su defensor de confianza.

"...La vocación que hacia la tutela de la libertad tiene el derecho de defensa, no agota su finalidad, ni dicho resultado puede identificar un parámetro exclusivo de que fue garantizado. Es en general el listado de derechos en que se desenvuelve, lo que debe satisfacerse al interior del proceso. Que se conozca la imputación, que se pueda ejercitar el derecho de impugnar, que se pueda invocar en favor la prueba existente, a veces la omitida, o aun el incumplimiento de la carga de probar por parte del Estado, son con muchos otros los instrumentos que a manera de derechos particulares desarrollan el concepto de defensa..."

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., octubre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*

Proceso No. 9969

Aprobado Acta No. 154 (octubre 15/98)

VISTOS

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Alfonso Ibarra Tarazona contra la sentencia de fecha 15 de julio de 1994 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante la cual impartió confirmación a la condena que por el delito de homicidio emitiera el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, en contra del recurrente, pero modificando la penalidad para fijarle como definitiva la pena principal en cincuenta (50) años de prisión y, además, la interdictiva de derechos y funciones públicas por el lapso de diez (10) años y la condena al pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados con la infracción.

ANTECEDENTES

1. El domingo 15 de agosto de 1993, en las horas de la mañana, irrumpieron en la Frutería ubicada en la Avenida 5a. No. 6-02 de la fronteriza ciudad de Cúcuta, los jóvenes Alfonso Ibarra Tarazona y Alirio Collantes y desenfundando armas de fuego produjeron varios disparos que hicieron blanco en los señores Jesús María Angarita y Samuel Puerto Iglesias, ocasionándoles la muerte, luego de lo cual emprendieron la huida, no sin antes hurtar las armas de fuego que sus víctimas portaban, un revólver Ruger 38 largo y una pistola Astra 7.65.

Los ciudadanos Víctor Manuel Puerto Tuta y Manuel Alberto Martínez se dieron a su persecución, y cuando el segundo los divisó dentro de un taxi anunció su presencia gritándoles: "atracadores", recibiendo de parte de Ibarra Tarazona impactos con arma de fuego que también ocasionaron su deceso. Intentó entonces el taxista Carlos Julio Rincón Pérez detener la marcha del automotor, pero fue obligado por Collantes a continuarla hasta que en el cruce de la Avenida Cero con Los Faroles, se lanzó del automotor, mientras los ocupantes emprendieron la huida. En ese momento los ocupantes de otro vehículo (un jeep azul) los persiguieron, hasta que a eso de las 11.45 de la mañana, fueron retenidos por unidades de la Sijin, dando fin al dantesco recorrido.

2. El Fiscal 4° de la Unidad Previa y Permanente de la Fiscalía General de la Nación, profirió el 16 de agosto de 1993 auto ordenando apertura de instrucción y en su desarrollo fue recaudando las pruebas pertinentes, tales como inspecciones judiciales con levantamiento de cadáveres, pruebas técnicas que incluyeron un examen siquiátrico solicitado por Ibarra Tarazona, y los testimonios de quienes pudieron presenciar o saber de los hechos, lo mismo que la indagatoria de Alfonso Ibarra Tarazona. Por ser acreditada su menor edad penal, Alirio Collantes Vega fue desvinculado de esta averiguación para que de su conducta conociera la jurisdicción especial de menores.

En su versión injurada, Ibarra expresó que no contaba con abogado para que lo asistiera, por lo que oficiosamente se le designó al doctor Hugo Rodolfo Segura Escobar como su defensor.

El 23 de agosto siguiente la Fiscalía Seccional Unidad especializada de vida resolvió la situación jurídica del indagado imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de homicidio en concurso homogéneo, y a su vez en concurso con hurto y porte ilegal de armas de defensa personal.

El 29 de noviembre de 1993, la misma Unidad de Fiscalía calificó el mérito de la instrucción sumarial profiriendo en contra de Ibarra Tarazona resolución de acusación por los mismos ilícitos contemplados en el auto que ordenó la medida de aseguramiento.

Correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta adelantar el juicio, dentro del cual denegó, por extemporánea, la petición de audiencia especial propuesta por el enjuiciado, etapa en la cual el 24 de febrero de 1994 Alfonso Ibarra Tarazona confirió poder al abogado de la División de Defensoría Pública del Ministerio de Justicia que hasta el final le asistió, para que asumiera su defensa, siendo reconocido como tal en esa misma fecha mediante auto en que también se resuelve sobre las pruebas impetradas por las partes.

El 24 de mayo se celebró audiencia pública, y el 9 de junio se dictó sentencia de primer grado imponiendo a Ibarra Tarazona pena de prisión

por 52 años, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, las condenaciones al pago de perjuicios morales y materiales ocasionados con los múltiples punibles, y se le denegó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la condena.

Recurrida en apelación la sentencia de primer grado, el 15 de julio de 1994 se pronunció el *ad quem* confirmándola, con las modificaciones ya indicadas.

Tal el fallo objeto del recurso extraordinario.

La Demanda

Aduciendo como causal única la consagrada en el cuerpo tercero del artículo 220 del C. de Procedimiento Penal, por cuanto la sentencia se dictó en un juicio viciado de nulidad, el censor pretende que se case esa decisión mediante la nulidad de lo actuado a partir del auto que declaró el cierre de la investigación.

La nulidad, dice la demanda, se centra en el desconocimiento del derecho de defensa, pues en la primera etapa de la instrucción, si bien al procesado Ibarra Tarazona le había sido designado como defensor de oficio un profesional del derecho, no lo es menos que éste eludió en absoluto el cumplimiento de la función encomendada, y su actividad absolutamente pasiva no puede considerarse como la satisfacción correcta del mandato constitucional.

No se allegó un solo memorial o escrito por parte del defensor oficioso, omitió la solicitud de pruebas y guardó absoluto silencio, de manera que si bien aparentemente estaba asistido por abogado, el acusado careció de defensa técnica, real y efectiva y apenas si contó con una ficta o presunta. Resalta que esta Sala de la Corte ha insistido en la necesidad de una defensa real, técnica y efectiva, y que ella -conforme a los nuevos postulados constitucionales- se proyecta sobre toda la actuación, tanto la etapa investigativa como la del juzgamiento, lo que no operó para el caso presente.

Concepto del Procurador

Prohíja el Procurador Tercero Delegado en lo Penal la solicitud de la demanda y tras afirmar que existe la nulidad por ausencia de una defensa adecuada, propone que se case la sentencia.

Invoca reiterados pronunciamientos de la Corte para insistir en que la defensa no es meramente aparente, sino que debe responder a un derecho que se garantice de manera real y concreta, características que no se dan en el presente caso en el cual salta de bulto el abandono a que sometió el defensor oficioso a su patrocinado.

Destaca que el abogado Segura Escobar, designado de oficio, desempeñó su labor por la línea del menor esfuerzo como suele la experiencia demostrarlo cuando el procesado no designa persona de su confianza y se entrega a la que se le ofrece por cuenta del Estado; cómo el detenido debió de intervenir directamente en su defensa, sin la asistencia, ni siquiera el aval, de su defensor pues éste no mantuvo relación con su defendido, ni se enteró de la marcha de la actuación ni de la posición de su representado; demostró su desinterés al no presentar alegatos precalificatorios y al no aplicar esfuerzo alguno para presentar argumentos de defensa; y no solicitó práctica de prueba alguna hasta que la Defensoría Pública asignó un nuevo profesional para que asumiera su representación, cuando ya había vencido la oportunidad para solicitar pruebas en el juicio.

Agrega que todo ello reporta la inequívoca conclusión de que hubo violación del derecho de defensa al procesado, por lo que deberá invalidarse lo actuado, casando el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para el caso presente la nulidad que invoca la defensa se hace consistir en la inactividad del defensor de oficio que asistió el procesado durante el sumario, porque a juicio del casacionista su inercia al omitir la solicitud de pruebas, la participación en la práctica de otras, la interposición de recursos y la formulación oportuna de alegaciones, principalmente, colocó al procesado en un desamparo que contradice claros preceptos de la Carta y principios rectores del procedimiento atinentes a la continuidad y efectividad de la defensa técnica.

Es claro que a la luz de la Constitución de 1991, el derecho de defensa ha de entenderse no como la simple apariencia por la asistencia de un togado, sino que impone una actuación profesional que haga de la garantía constitucional el ejercicio cierto y real del derecho a ser defendido a lo largo del proceso. Sin embargo, como de modo reiterado lo ha indicado esta Sala de la Corte, ese concepto de defensa tiene ante todo un carácter dual que desenvuelve su efectividad en defensa técnica y material, lo que surge, según lo ha resaltado la Sala en varias decisiones, una reciente la de junio 1o. de 1995 con ponencia del Magistrado Carlos E. Mejía Escobar, y

"...como lo señalan varios autores, del hecho de que por regla general (excepción hecha de algunas muy precarias actuaciones como los recursos extraordinarios) el derecho de postulación se ejerce de manera simultánea por el abogado defensor y por su asistido y de que la idoneidad y el consejo profesionales que supone dicha asistencia constituyen presupuestos para el ejercicio de la mayor parte de actuaciones que encarnan el derecho de ser oído y a contradecir, a pedir y a discutir sobre los hechos y sobre el derecho aplicable.

La protección, así concebida -no obstante, es añadido-, no constituye un vano formalismo sino una garantía llena de sentido, y es por ello que la Carta actual, a diferencia del impreciso mandato de la anterior, exige que una y otra coexistan durante todo el procedimiento, es decir, durante la investigación y el juicio..."

En el presente caso y en ejercicio de ese derecho es notoria la intervención directa del procesado, lo que lejos de mostrar inactividad de su abogado, resulta indicativo de un entendimiento y ejercicio de prerrogativas que por su ejecución directa por el habilitado, mal podrían exigírsele a su representante, pues no consiste su labor ni en coadyuvar lo que reclama el sindicado, así con ello se encuentre de acuerdo, ni mucho menos en insistir sobre probanzas que ya oportuna y legalmente fueron llegando al expediente.

Por ello, y porque, se insiste, el ejercicio de la defensa no puede estimarse en abstracto, era por lo que resultaba exigible al censor que precisara no solamente cuáles habían sido en concreto las graves omisiones imputables al defensor de oficio, sino además cuáles sus consecuencias en la medida en que la actividad pretermitida hubiese sido la generante de la situación desfavorable o del desamparo determinante de la situación adversa, cargas que el recurrente no asimila, como tampoco el Ministerio Público le suple, quedando limitados uno y otro a resaltar tan solo una falta de actividad que no por sí sola llega a constituir violación del derecho de defensa, según de modo fundado y reiterado lo ha indicado esta Sala de la Corte.

En efecto, que el ejercicio defensivo no simplemente consiste en pedir, recurrir, controvertir o aportar, y menos sobre la base de un juicio a posteriori y especulativo de que otros habrían podido ser los resultados, sino en una actividad precisa y concreta que no ignore ni viole la libertad y autonomía que en el ejercicio de su profesión concierne al abogado, seleccionando dentro de las varias estrategias defensivas aquella a su parecer más acertada, así ésta consista en el silencio o en la omisión de los recursos, cuyas ventajas no podrían ser desatendidas. En tal sentido lo ha reconocido la doctrina de esta Sala, por vía de ejemplo en decisiones de octubre 5 de 1994 y marzo 26 de 1996 con ponencia la primera del Magistrado Dr. Juan Manuel Torres Fresneda y la segunda con sustanciación del Magistrado doctor Carlos Mejía Escobar.

Dice, en efecto la Corte en la primera de las decisiones mencionadas:

"...de ninguna manera la simple inactividad de los defensores dentro de alguna de las etapas del proceso penal puede llegar a considerarse como vulneración del derecho de defensa, siendo estrategia válida y de recibo la simple tolerancia en el recaudo de las pruebas, el consentimiento de algunas providencias y aún la permisividad del simple transcurso inactivo del tiempo, pues de todas estas circunstancias pueden válidamente esperarse

beneficios procesales para el vinculado (libertad, prescripción, duda, pronunciamientos más favorables o rápidos, etc.), lo que aparentemente torna esa pasividad en efectivo mecanismo defensivo, a la espera del pronunciamiento de los juzgadores, ora en la expectativa de que así se producirá éste de modo más benigno, o se hará vulnerable frente a pruebas ya obrantes, cuando no a vacíos importantes y difícilmente superables."

Y en el mismo sentido este criterio se reitera y complementa en fecha más reciente dentro del segundo texto invocado:

"Efectivamente, como lo afirma el censor, el profesional que fuera nombrado como defensor de oficio en este asunto, no ejerció acto alguno diferente al de tomar posesión del cargo y notificarse de la resolución acusatoria. Sin embargo, este hecho por sí solo no conduce a la declaratoria de nulidad, salvo que se demuestre la vulneración de los derechos fundamentales o de las garantías constitucionales en concreto. El concepto del derecho de defensa no se puede construir, como lo hace el recurrente, en la abstracta anticipación del resultado absolutorio del juicio, sino que se desenvuelve en función de las posibilidades reales de contradicción de los cargos y ello depende, en buena parte, de la información que sobre el asunto pueda suministrar el procesado, (sea reo presente o ausente), o de un estratégico silencio que impida la deducción de situaciones agravatorias a su posición jurídica, o de atenerse a que sea el Estado el que cumpla plena y cabalmente con la carga de probar el hecho y la responsabilidad. En fin, son demasiadas alternativas compatibles con la garantía de una defensa idónea, sin que siempre, detrás de la apariencia de inactividad, deba predicarse la carencia de contradictorio.

"Aparte de ello, si no se ha coartado la defensa material, permitiendo en todo momento su real ejercicio, como sucedió en el caso que nos ocupa, no hay razón para concluir en el desconocimiento de un derecho a la defensa que afecta el curso normal del proceso, máxime cuando en parte del trámite de éste, el implicado estuvo asistido por su defensor de confianza.

"...La vocación que hacia la tutela de la libertad tiene el derecho de defensa, no agota su finalidad, ni dicho resultado puede identificar un parámetro exclusivo de que fue garantizado. Es en general el listado de derechos en que se desenvuelve, lo que debe satisfacerse al interior del proceso. Que se conozca la imputación, que se pueda ejercitar el derecho de impugnar, que se pueda invocar en favor la prueba existente, a veces la omitida, o aún el incumplimiento de la carga de probar por parte del Estado, son con muchos otros los instrumentos que a manera de derechos particulares desarrollan el concepto de defensa..."

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR el fallo impugnado.

Cópiese, y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

CONSULTA/ REFORMATIO IN PEJUS/ UNIDAD PROCESAL/ DELITOS CONEXOS

Repetidamente ha sido sostenido que el instituto procesal de la consulta no es medio de impugnación o recurso, sino un mecanismo de revisión de la legalidad de ciertas decisiones judiciales, que opera por ministerio de la ley, que debe cumplir el superior jerárquico de quien la ha proferido.

A diferencia de los recursos, que son potestativos de los sujetos procesales y se fundan en razones de interés particular, la consulta opera por mandato legal, se apoya en razones de interés general, y es de carácter imperativo, particularidades que hacen que su cumplimiento no pueda dejarse al arbitrio de las partes, ni siquiera de la voluntad del funcionario judicial que ha proferido la decisión.

A estas diferencias habría que agregar las no menos importantes que en el ámbito de la competencia funcional del superior se presentan, acorde con la naturaleza de cada uno de estos institutos. Mientras en la apelación, la competencia del superior tiene carácter limitado, en cuanto sólo puede revisar aquellos aspectos que son objeto de impugnación, en la consulta la competencia es de plena justicia e ilimitada.

De plena justicia, porque está facultado para examinar la decisión consultada en sus distintos aspectos; ilimitada porque puede revocarla o modificarla en cualquier sentido, sin condicionamientos de índole alguna, aun en disfavor del procesado, según lo establece el artículo 34 de la ley 81 de 1993, modificatorio del 217 del estatuto procesal, y ha sido declarado en pronunciamientos de exequibilidad por la Corte Constitucional (Cfr. C-583/97, Mag. Pte. Doctor Carlos Gaviria Díaz, entre otras).

No se discute que el artículo 205 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 29 de la ley 81 de 1993, adolece de graves falencias en su redacción, y que si el exégeta aprehende literalmente su texto, necesariamente habría de concluir que cuando se interpone algún recurso contra la decisión consultable, trátese de reposición o apela-

ción -la norma no hace distinciones-, no habría lugar a este grado jurisdiccional. Recuérdese el texto de la disposición:

"Providencias consultables. En los delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, son consultables **cuando no se interponga recurso alguno**, *la providencia mediante la cual se ordena la cesación de procedimiento, la preclusión de la investigación, la providencia que ordena la devolución a particulares de bienes del imputado o sindicado presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible o que sea objeto material del mismo y las sentencias que no sean anticipadas" (negrillas fuera de texto).*

Lógicamente el aspecto puramente literal no puede ser el único norte en el proceso de interpretación de una norma. También ha de auscultarse la teleología del precepto y el sistema al cual se integra, y en esta medida es claro que la interpretación propuesta por la actora contraviene la naturaleza y razón de ser del instituto de la consulta.

Ya ha sido dicho, en doctrina reiterada, que este nivel de revisión opera por mandato legal, y que su operancia no puede depender de la voluntad de las partes, de suerte que baste la interposición del recurso de alzada para que el superior deba inhibirse de revisar los aspectos no atacados, quedando circunscrita su competencia funcional al examen de los que lo fueron. Admitirlo, sería entronizar un mecanismo de burla a la ley, y permitir que el interés general que fundamenta la consulta ceda paso al particular de los sujetos procesales (Cfr. oct.22/97, Mag. Ptte. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

La expresión "son consultables cuando contra ellas no se hubiere interpuesto el recurso de apelación", utilizada en normatividades anteriores (ley 17 de 1975, art.1° y Decreto 050 de 1987, art.210), e incorporada hoy con algunas variantes en el texto del artículo 29 de la ley 81 de 1993, tenía entonces razón de ser porque el recurso de apelación otorgaba competencia al ad quem *para conocer sin limitaciones de la providencia impugnada (Ley 17 de 1975, art. 3° y Decreto 050 de 1987, art.538), tornando por contera innecesaria la consulta, e imprimiéndole a ésta un verdadero carácter subsidiario.*

Frente a la normatividad actual, en que el recurso de apelación otorga competencia al superior para decidir únicamente sobre los aspectos impugnados, una consideración de esta índole pierde vigencia, no siendo posible postular que la consulta es subsidiaria de la apelación.

La supletoriedad del instituto de la consulta ha de ser entendida en relación con los aspectos que no han sido objeto de apelación, y sin

que la interposición del recurso comprometa la potestad del ad quem, *derivada de la ley, de poder reformar sin limitación alguna la decisión consultada, aún en los aspectos impugnados y en perjuicio del procesado.*

Totalmente equivocado resulta, por consiguiente, impugnar un determinado aspecto de la decisión consultable, en el entendido de que así se impide su examen integral por la segunda instancia, o que de esta manera el procesado en cuyo nombre se apela queda amparado por el principio de no reformatio in pejus.

Presupuesto necesario para que pueda operar el principio de unidad procesal respecto de delitos conexos, es que el funcionario encargado de la investigación haya tenido conocimiento oportuno de ellos, al igual que del nexo sustancial que los vincula, de suerte que esté en condiciones de aprehender su conocimiento conjunto.

Contrario a los principios de celeridad y eficiencia que deben regir la administración de justicia, sería exigir al funcionario judicial que superada la fase instructiva, retrotraiga la actuación procesal con el fin de investigar hechos delictivos hasta entonces desconocidos. La ley de rito no contempla una previsión semejante.

La solución que el ordenamiento jurídico trae es bien distinta de la expuesta. El artículo 14 de la ley 81 de 1993, modificatorio del 90 del Código de Procedimiento Penal, establece, por el contrario, como motivo de ruptura de la unidad procesal, el aparecimiento en la etapa del juicio de pruebas que determinen la existencia de otro hecho punible conexo.

En tratándose de conductas no conexas, con mayor razón procede la separación de las investigaciones, pues en un tal supuesto debe seguirse el principio general previsto en el artículo 88 ejusdem, de acuerdo con el cual por cada hecho punible corresponde adelantar una actuación procesal.

La ley 104 de 1993, modificada por la 241 de 1995, no introduce excepción alguna al motivo de ruptura de la unidad procesal consagrado en el artículo 90.6 del Código de Procedimiento Penal (hoy artículo 14 de la ley 81 de 1993). La imposición contenida en el artículo 54 de la ley 104, de entrar a establecer la existencia de conexidad entre los delitos comunes objeto de juzgamiento y el político que no venía siéndolo, tenía un objetivo específico: determinar, con fundamento en las pruebas adjuntadas a la petición y las obrantes en el proceso, la procedencia de los beneficios allí previstos, para cuyos efectos el juzgamiento quedaba suspendido hasta tanto fuera decidida la solicitud (arts. 54 y 56 de la ley 104 de 1993 y 22, 25 y 26 de la ley 241 de 1995).

Si el estudio del funcionario judicial resultaba favorable, debía disponer la extinción de la acción penal en relación con todos los delitos -los comunes objeto de juzgamiento y los de carácter político no investigados-, siempre y cuando se cumplieran las demás condiciones establecidas en la ley, y no se tratara de hechos punibles exceptuados por ella, como delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia, o en estado de indefensión, secuestros, y actos de ferocidad o barbarie (art.48 inc.3° de la ley 104/93).

Las preguntas realizadas por los agentes de la policía nacional a los procesados inmediatamente después de su aprehensión, con el fin de hacer claridad sobre lo sucedido, constituyen, por su parte, actos de averiguación que la policía judicial puede cumplir en ejercicio de la función de que está investida, por ser inherentes a ella, cuyos resultados el funcionario judicial puede valorar probatoriamente, con arreglo a los principios que presiden la sana crítica, en la medida que hayan sido plasmados en un informe, o revelados directamente por quienes realizaron los operativos (arts.336 y 338 Decreto 050 de 1987 y 316 del actual estatuto procesal).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*

Proceso No. 13419

Aprobado acta No.156

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de 28 de junio de 1996, mediante la cual el Tribunal Nacional condenó a los procesados Jorge Alberto Hurtado Arango, Jairo Alberto Muñoz Tascón y Javier Harold Villada Betancourt, a la pena principal de 30 años de prisión, como autores responsables de los delitos de homicidio agravado en concurso material homogéneo, tentativa de homicidio y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas militares.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 27 de noviembre de 1991, en las inmediaciones de la calle 104C con carrera 82F de la ciudad de Medellín, Jorge Enrique Ferreira Gómez, Luis Fernando Patiño Mesa y Juan Guillermo Osorio Zapata, fueron sorprendidos por tres sujetos que empuñando armas de fuego procedieron a disparar en su contra, causando la muerte de los primeros y heridas de consideración al último.

La patrulla de la policía integrada por el Sargento Segundo Eulides Caicedo Martínez y los Agentes John Bayron Solís Acevedo, John Jairo

Correa, Belarmino Antonio Marín Pulgarín y José Abdul Castaño García, que se encontraba cerca del lugar de los hechos, inició casi de inmediato la persecución de tres individuos señalados por la ciudadanía como los autores del atentado. En desarrollo del operativo se presentaron disparos de ambas partes, y el lanzamiento por los sospechosos de dos granadas de fragmentación, una de las cuales hizo explosión sin causar daños. Finalmente las autoridades lograron la captura de Jorge Alberto Jaramillo Arango, Jairo Alberto Muñoz Tascón y Javier Harold Villada Betancourt. En poder de este último fue decomisada una pistola marca Browning, calibre 9 mm., semiautomática, con un proveedor que contenía 7 cartuchos. También fue recuperada la granada de fragmentación que no hizo explosión, cuyo lanzamiento es atribuido a Muñoz Tascón (fls.126 ss-1).

De estos hechos da cuenta en detalle el informe No.1489 de 28 de noviembre, suscrito por el Comandante de la Tercera Estación de Carabineros de Medellín, Teniente Javier Patiño Martínez, quien se ratificó del mismo en declaración rendida en el curso de la investigación bajo la gravedad del juramento (fls.2 y 161-1).

Ante los Agentes de la Policía los aprehendidos dieron a entender que se trataba de una retaliación, al sostener que las víctimas habían causado lesiones en los días anteriores al padre de uno de ellos por hurtarle una motocicleta. Después, en versión rendida ante la Unidad Investigativa de Orden Público de Policía Judicial, explicaron que un sujeto que decía llamarse John les ofreció la suma de $50.000.00 a cada uno a cambio de servir de "campaneros", mientras un cuarto individuo se encargaba de ajustar cuentas con unos "manes" que le habían robado una motocicleta. Aceptada la propuesta y llegada la hora de la cita, John se hizo presente llevando un revólver 38, una pistola y una granada de fragmentación. El revólver fue entregado a quien debía ejecutar el hecho, la pistola a Javier Harold Villada Betancourt, y la granada a Jorge Alberto Jaramillo Arango. John y el sujeto se retiraron y después se escucharon los disparos. Luego llegó la policía y se inició la persecución, habiendo sido capturados (fls. 6, 8 y 9).

Abierta la investigación, el Juzgado instructor vinculó al proceso mediante indagatoria a los imputados, y les resolvió inicialmente la situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de porte de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, absteniéndose de hacerlo por los atentados contra la vida, por no aparecer en el proceso, hasta ese momento, la prueba de la materialidad de estos ilícitos. Posteriormente, haría extensiva la medida de aseguramiento a los citados delitos (fls.45 y 354 ss-1).

En sus indagatorias los procesados mantuvieron en términos generales las versiones suministradas en Policía Judicial, con la salvedad de no haber recibido armas antes de los hechos, ni tenido conocimiento previo

de lo planeado por John, quien simplemente les manifestó que se proponía adelantar un diálogo con las personas que le habían hurtado la motocicleta. Argumentan, para explicar la tenencia de la pistola, que Villada Betancourt la recibió de John en la huida, y que no fue disparada (fls.24, 28 y 31).

Oído Juan Guillermo Osorio Zapata (lesionado) en declaración juramentada, manifestó que encontrándose en compañía de sus amigos Jorge Enrique Ferreira Gómez y Luis Fernando Patiño Mesa, se presentaron tres tipos armados, ordenándoles que se mantuvieran quietos. Procedieron a levantar los brazos creyendo que se trataba de miembros de la autoridad, pero uno de ellos se colocó detrás de Jorge y le disparó a la altura del cuello. Al ver esto salió corriendo, siendo alcanzado por un proyectil en la "nuca" que lo lanzó a un hueco. Allí llegó el tipo que le estaba disparando, con una pistola en la mano. "No recuerdo si era joven o no, él me puso el pie en el pecho y yo boca arriba, ahí fue donde me dio en el cuello y yo me defendía con las manos y cuando se le acabó la munición, yo me volé, él tenía una pistola nueve milímetros y me hizo cinco disparos y uno de ellos me pegó en la gorra, no me entró, y otros dos estaban disparándole a los otros" (fls.111). Cuando cesaron los disparos corrió de nuevo para esconderse en la casa de unos vecinos, donde permaneció hasta ser conducido al hospital. Nunca antes había visto a los victimarios (fls.110 y 170-1).

También fueron escuchados bajo juramento los Agentes de la Policía Nacional John Bayron Solís Acevedo (fls.119-1), Belarmino Antonio Marín Pulgarín (fls.158-1), John Jairo Correa (fls.159-1) y José Abdul Castaño García (fls.160-1), quienes participaron en el operativo de persecución y captura de los victimarios, e Iván Darío Patiño Mesa (fls.106, 377-1), Norma Abay Mesa (fls.106 vto.-1) y María Elena Osorio Zapata (fls.108, 378-1), familiares de las víctimas.

La prueba de balística ordenada para establecer las características y estado de funcionamiento del arma decomisada determinó que se trataba de una pistola calibre 9 milímetros, con capacidad en el proveedor para trece (13) cartuchos, en mal estado de funcionamiento debido a que el dispositivo de traslado del cartucho a la recámara no maniobraba. Preguntado el perito por el alcance de la expresión "mal estado de funcionamiento", precisó que no era apta para realizar disparos (fls.82 y 203-1).

Un segundo estudio técnico, ordenado con el fin de determinar la naturaleza y características de dos proyectiles recuperados en el cuerpo del occiso Jorge Enrique Ferreira Gómez (fls. 73 y vto), estableció que correspondían a calibre 38 largo, posiblemente disparados por un arma de fuego tipo revólver del mismo calibre (fls.202 1).

Cerrada la investigación, la Fiscalía Regional, mediante proveído de 22 de julio de 1993, complementado a instancias del Ministerio Público por

auto de 17 de agosto siguiente, calificó el mérito del sumario con resolución acusatoria por los delitos de homicidio en Jorge Enrique Ferreira Gómez y Luis Fernando Patiño Mesa, tentativa de homicidio en Juan Guillermo Osorio Zapata, agravados por concurrir las circunstancias de los numerales 4° y 7° del artículo 324 del Código Penal, vigente cuando ocurrieron los hechos (motivos fútiles y situación de inferioridad de las víctimas), en concurso con porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerza pública, también agravado, conforme a lo establecido en los artículos 1° literal c) y 2° del Decreto 3664 de 1986, acogido como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991 (fls.421 y 445-1). Contra esta decisión el defensor de los procesados interpuso apelación, pero posteriormente renunció a ella. El Tribunal aceptó su desistimiento por auto de 28 de octubre de 1993 (fls. 28-4).

En el referido auto calificatorio, el Fiscal acusador, al analizar los elementos de juicio aportados al informativo, resolvió no tener en cuenta como medios de prueba las versiones rendidas por los procesados ante la Unidad Investigativa de Orden Público de Policía Judicial, atendiendo las denuncias de su defensora, en el sentido de haber sido obtenidas mediante torturas, y sin asistencia, además, de un abogado (fls.434-1).

En la etapa de la causa, Jairo Alberto Muñoz Tascón y Javier Harold Villada Betancourt ampliaron sus indagatorias para confesar el delito de rebelión como militantes activos del movimiento subversivo "Corriente de Renovación Socialista" (CRS), con el propósito de acogerse a los beneficios jurídicos y de reinserción consagrados en la ley 104 de diciembre 30 de 1993. En relación con los hechos investigados, aceptaron el porte de armas, pero negaron tener responsabilidad en los homicidios imputados, argumentando que cumplían una operación político militar ordenada por la dirección nacional de la organización, y que si bien es cierto participaron en el hecho en condición de vigías, no tuvieron conocimiento previo de la misión que el movimiento subversivo se proponían realizar (fls.499, 502, 553 y 557-1). El procesado Jorge Alberto Jaramillo solicitó también ampliación de indagatoria, pero no fue posible llevarla a cabo por haberse fugado de la cárcel donde se encontraba recluido (523-1).

Con fundamento en estas confesiones, y en el contenido del acta No. 44 de mayo 31 de 1994 del Ministerio de Gobierno, donde se hace constar que Jairo Alberto Muñoz Tascón, Javier Harold Villada Betancourt y Jorge Alberto Jaramillo Arango, son integrantes del movimiento insurgente "Corriente de Renovación Socialista" (CRS), según listado presentado por los voceros de la organización, la apoderada de los procesados solicitó la cesación de procedimiento en su favor, en aplicación de la ley 104 de 1993 (fls.577, 580 y 582-1).

El Juzgado de conocimiento, mediante providencia de 28 de septiembre de 1994, accedió a las pretensiones de la memorialista, ordenando

cesar todo procedimiento en favor de los sindicados. Adicionalmente, dispuso cursar el grado jurisdiccional de consulta, si la decisión no fuere apelada (fls.624-1).

Contra esta determinación el Fiscal del proceso interpuso recurso de apelación con el propósito de obtener del superior su revocatoria, por vicios en la tramitación de las solicitudes. Mediante auto de 3 de enero de 1995, el Tribunal, al desatar el recurso, desestimó las alegaciones del impugnante, pero entró a conocer del contenido de la decisión en virtud del grado jurisdiccional de consulta; disponiendo su revocatoria, por considerar que los delitos imputados a los procesados no tenían relación alguna con la actividad rebelde por ellos reconocida, además de haber sido cometidos fuera de combate, y en circunstancias de agravación que excluían la aplicación de los beneficios consagrados en la ley 104 de 1993 (fls.2 del cuaderno No.2 y 2 del cuaderno No.3).

Agotada la causa, el Juzgado, mediante sentencia de 4 de marzo de 1996, condenó a los procesados a la pena principal de 30 años de prisión, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años, como coautores responsables de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo, homicidio agravado en grado de tentativa, y porte ilegal de armas de uso privativo de la fuerza pública, acorde con los cargos formulados en la resolución de acusación (fls.781-2).

Apelado este fallo por la defensa y los procesados detenidos, el Tribunal Nacional, mediante el suyo que ahora es objeto del recurso de casación, lo confirmó en todas sus partes (fls.75-3).

Las Demandas

1. A nombre de Jairo Alberto Muñoz Tascón

Con fundamento en la causal tercera de casación, la demandante acusa la sentencia impugnada de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad por violación del debido proceso, debido a irregularidades sustanciales en su tramitación.

Se refiere concretamente a la providencia de 28 de septiembre de 1994, mediante la cual el Juez Regional dispuso la cesación de procedimiento en aplicación de la ley 104 de 1993, para sostener que el Tribunal excedió su competencia funcional al revocar este pronunciamiento, sin tener en cuenta los límites que le fijaba el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal.

Después de disertar sobre el debido proceso, el sistema acusatorio y el grado jurisdiccional de consulta como garantía procesal que concreta el principio de doble instancia, sostiene, con respecto a la regulación vigente, que el artículo 206 del Código de Procedimiento fija la ausencia de

impugnación como condición necesaria para la procedencia de la consulta, siendo ésta, por tanto, de naturaleza subsidiaria.

Dicho carácter surge del contenido de los artículos 31 de la constitución, que dispone que "toda sentencia podrá ser apelada o consultada", empleando la conjunción disyuntiva "o" que denota diferencia; 29 de la ley 81 de 1993, que ordena la procedencia de la consulta "cuando no se interponga recurso alguno"; y, 196A, 196B y 213 inc.2° del estatuto procesal, que establecen trámites diferentes para la consulta y la apelación. De ser válida la consulta de una decisión que fue objeto de apelación, no tendría sentido una regulación procesal diferente para cada una de ellas.

Las providencias relacionadas en el artículo 206 del estatuto procesal (artículo 29 de la ley 81 de 1993), no son, por consiguiente, insitamente consultables. Para que el superior adquiera competencia funcional es condición necesaria que contra ellas no haya sido interpuesto recurso alguno. La circunstancia de estar relacionadas en la norma, no es condición suficiente para que opere la consulta de una determinada providencia.

Someter una decisión que ha sido apelada a este control jurisdiccional, contraviene el carácter subsidiario de éste, previsto en el citado artículo 206 *ejusdem*, dando lugar a un error *in procedendo*, que vicia de nulidad la actuación procesal correspondiente.

En el caso *sub judice*, la providencia mediante la cual se dispuso la cesación de procedimiento en favor de los procesados fue apelada por el fiscal acusador. Bajo las coordenadas del sistema acusatorio, la competencia revisora del *ad quem* está limitada por los motivos de impugnación aducidos por el recurrente, principio que a su vez está consagrado en el artículo 217 del estatuto procesal (art.34 ley 81 de 1993).

En su escrito impugnatorio el fiscal se limitó a denunciar el incumplimiento de los requisitos formales requeridos para poder dar aplicación a la ley 104 de 1993, como la ausencia de ampliación de indagatoria del procesado Jorge Alberto Jaramillo Arango, la inexistencia de petición formal de aplicación de la citada ley, y la no remisión del proceso penal al Ministerio de Justicia, sin discrepar de los aspectos sustanciales de la decisión apelada.

En síntesis, el Fiscal no se oponía a la cesación de procedimiento en si misma considerada, sino al trámite adelantado para su otorgamiento, siendo claro que aceptaba la valoración probatoria y jurídica del juez de instancia. Pero el Tribunal rebasó los límites de su competencia, al decidir sobre asuntos no propuestos por el Fiscal, y entrar a conocer por vía de consulta de una decisión ya impugnada, ignorando el carácter subsidiario de aquélla.

Apartándose de las consideraciones del *a quo*, el Tribunal estimó que la ley 104 de 1993 no era aplicable al caso por tratarse de un acto delictivo

ajeno a la actividad subversiva, en cuyo proceso de ejecución se colocó a las víctimas en estado de indefensión, argumentos que en modo alguno justificaban el desconocimiento de la decisión revisada.

El proveído del Tribunal adolece de ineficacia no sólo desde el punto de vista formal, por haber sido dictado excediendo la competencia derivada de la apelación, sino sustancial, por desconocimiento de una decisión judicial emitida conforme a derecho, trayendo consigo, además, la vulneración de los principios de independencia judicial y contradicción, puesto que con su decisión el *ad quem* anticipó la sentencia de condena, finiquitando el proceso antes de llegar a su clausura formal.

Relaciona como normas violadas los artículos 121 y 228 de la Constitución Nacional; 7°, 206, 213 inciso 2° y 217 del Código de Procedimiento Penal; 8, numeral 1° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y 5° de la ley 270 de 1996. Y agrega:

"De no haber tenido lugar la irregularidad puesta de manifiesto como motivo de nulidad, es decir, el desconocimiento por el Tribunal Nacional de los límites impuestos a su competencia funcional en virtud de la apelación interpuesta por la Fiscalía contra la cesación de procedimiento dictada por un juez regional, recurso que impedía al ad quem su revisión plena por vía de consulta, se habría confirmado la decisión de primera instancia, en tanto las razones expuestas por el ente acusador fueron rebatidas al resolver la impugnación. De este modo, se habrían finiquitado ambas instancias con una decisión no controvertida por razones de fondo por ninguno de los sujetos procesales.

"Por el contrario, la decisión revocatoria del Tribunal no sólo tuvo como efecto trastocar la estructura fundamental del proceso, al precipitar un pronunciamiento de fondo sobre la materia a debatir en el juicio antes de clausurarse el debate en la sentencia, sino que además ello trajo consigo la vulneración de la garantía de contar con un Juez independiente y del principio de contradicción" (fls. 28).

Con apoyo en estas consideraciones solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y decretar la nulidad de lo actuado a partir inclusive del proveído de junio 3 de 1995, mediante el cual el Tribunal Nacional revocó la cesación de procedimiento dictada por el Juez Regional de Medellín y, en su lugar, dispuso dejar en firme la decisión de este último, en aplicación de lo establecido en el artículo 304.2 del Código de Procedimiento (fls. 118-145-3).

2. A nombre de Javier Harold Villada Betancourt

Con fundamento en la causal primera de casación, cuerpo segundo, la demandante acusa la sentencia impugnada de violar indirectamente la ley sustancial por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las

pruebas, que llevaron a los juzgadores a desconocer la condición de cómplices de los procesados, y aplicar indebidamente las agravantes de los numerales 4° y 7° del artículo 324 del Código Penal.

Después de aludir a los elementos configurantes del tipo penal que describe el homicidio y discurrir sobre las teorías restrictivas de la autoría, afirma que sólo la del dominio del hecho, en cuanto admite una base objetiva, sin desconocer la voluntad del sujeto agente, puede ser aceptada como criterio diferenciador en nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre este supuesto, entra a confrontar las características de la coautoría y complicidad para sostener que en ambas se exige acuerdo previo, y para precisar, con apoyo en criterios doctrinales, que ante la dificultad de distinguir la comunidad de voluntades que sustenta la coautoría, de la división de tareas que fundamenta la complicidad, es necesario establecer si existió o no subordinación de unos respecto de los otros, siendo exigencia de la coautoría que ésta no exista.

Plantea algunas consideraciones respecto del tratamiento jurídico que debe recibir quien actúa como "campanero" o "posta" en la ejecución de un delito, entendiendo por tal la persona encargada de alertar a los autores sobre la presencia de factores que puedan impedir su ejecución, para concluir que ha de ser el de cómplice, habida cuenta que no toma parte ni domina la ejecución del hecho principal, sino que presta tan solo una colaboración al mismo. Reconoce que éste no ha sido el criterio aceptado por la Corte, según jurisprudencia de 10 de mayo de 1991, pero considera, acogiendo los planteamientos expuestos en los salvamentos de voto, que de admitirse que toda cooperación en la producción del hecho es "coautoría impropia", como lo sostiene la mayoría, ciertamente se acabaría con la figura de la complicidad.

Termina el análisis de los aspectos previos a la demostración del cargo precisando, después de referirse a la verdad procesal y los principios de necesidad de prueba, presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, que este último opera no sólo frente a la disyuntiva entre absolución y condena, sino que debe disciplinar el juicio en todos sus momentos y frente a la determinación de todo fragmento de la verdad procesal, por mínimo que sea. Así, en el caso objeto de estudio, las dudas existentes en torno a la vinculación de los procesados como coautores o cómplices, deben ser resueltas en favor de esta última opción, como también aquellas relacionadas con la aplicación o no de las circunstancias de agravación punitiva.

En seguida relaciona y desarrolla los errores de apreciación probatoria objeto del cargo, en los siguientes términos:

1. Error de hecho por falso juicio de identidad en la valoración de los dictámenes periciales de las armas decomisadas. Sostiene que el estudio de balística realizado a la pistola Browning calibre 9mm, determinó su

mal estado de funcionamiento automático, puesto que "no llevaba el cartucho a la recámara", no siendo apta, por tal motivo, para realizar disparos. Y, el dictamen relacionado con los proyectiles recuperados, determinó que correspondían a calibre .38, incompatibles con la pistola decomisada.

En sus providencias, tanto el a quo como el ad quem retomaron los exámenes técnicos mencionados, al punto de haber servido de sustrato al Tribunal para afirmar la materialidad de los eventos delincuenciales, cuando de haber sido correcta su apreciación, se diría que el arma incautada no fue utilizada en la ejecución de las conductas delictivas, puesto que no era apta para disparar, debido a que su funcionamiento interno no posibilitaba el traslado del cartucho a la recámara.

Esto permite formular una contrahipótesis frente a la responsabilidad de Villada Betancourt como autor en los homicidios consumados y tentado, toda vez que surge el interrogante de si los procesados produjeron el resultado conocido. Esta duda, debió resolverse en favor del reo, considerándolo cómplice y no coautor del hecho.

2. Error de derecho por falso juicio de legalidad en la apreciación de los testimonios de los miembros de la Policía John Bayron Solís Acevedo, Belarmino Antonio Marín Pulgarín y Javier Patiño Martínez.

Se refiere específicamente a las manifestaciones que, según estos declarantes, hicieron los procesados sobre los móviles del múltiple crimen, inmediatamente después de su captura, para sostener que este interrogatorio informal es ilegal.

De acuerdo con las versiones de estos deponentes, los procesados aceptaron haber dado muerte a Jorge Enrique Ferreira Gómez y Luis Fernando Patiño, y causado lesiones a Juan Guillermo Osorio Zapata, agregando que se trataba de una venganza por el hurto de una motocicleta, pero esta confesión no fue realizada ante funcionario competente, ni en presencia de un defensor, como era exigido en el artículo 344 del estatuto procesal para entonces vigente.

Tampoco puede decirse que es una confesión extraprocesal, habida cuenta que no cumple las exigencias del artículo 298 *ejusdem*, ni las manifestaciones de los procesados fueron incorporadas de conformidad con lo establecido en los artículos 149, 151, 152 y 163 del mismo estatuto.

Se refiere luego a la trascendencia del error, indicando, después de transcribir los apartes pertinentes de los fallos, que sin las versiones de los policiales no habría sido posible la deducción de la agravante del numeral 4° del artículo 324 del Código Penal, en relación con el móvil.

3. Error de hecho por falso juicio de existencia derivado de la falta de apreciación de las pruebas que afirman la pertenencia de los procesados a

la agrupación rebelde "Corriente de Renovación Socialista". En concreto, la certificación expedida por el negociador del movimiento donde consta que hacían parte del frente "Astolfo González" y desarrollaban tareas urbanas al momento de su captura, y las listas de miembros de la agrupación, elaboradas por el Ministerio de Gobierno.

Este error determinó que los falladores dejaran de reconocer como móvil de los hechos el accionar político militar del movimiento subversivo, y aplicaran la agravante del artículo 324.4, en el equivocado entendido de tratarse de una acción retaliativa. De otro lado, habrían tenido en cuenta que los procesados cumplían una tarea urbana de carácter político militar, como "campaneros o postas", encargados sólo de la seguridad del operativo, sin tener dominio funcional del hecho, ni conocimiento del plan subversivo, lo cual obligaba al reconocimiento de la condición de cómplices de los acusados, y a descartar la agravante del numeral 7° del artículo 324, pues las circunstancias materiales del hecho sólo se comunican al partícipe que las hubiese conocido.

Finaliza el desarrollo del cargo relacionando los elementos de prueba subsistentes, luego de lo cual afirma que el único indicio que permanece en contra de Villada Betancourt es el derivado de su presencia en el lugar del insuceso, situación que fue aceptada por éste al reconocer su condición de "campanero", y que resulta insuficiente para arribar a la certeza de su responsabilidad en calidad de coautor.

Esta duda debió resolverse en su favor declarando que participó en los hechos a título de cómplice, y que en tal condición no tuvo conocimiento de las circunstancias que dieron lugar a la aplicación de las agravantes de los numerales 4° y 7° del multicitado artículo 324 del Código Penal.

En suma, los juzgadores violaron los principios de presunción de inocencia, al proferir fallo condenatorio sin existir certeza sobre la responsabilidad del acusado (art.246 C.P.P.); necesidad de la prueba, al vincular a los indagados como coautores sin concurrir los elementos de acuerdo común, contribución objetiva al hecho y codominio de éste; e, *in dubio pro reo*, al no haber sido resueltas en su favor las dudas que existían frente a la disyuntiva entre coautoría y complicidad. La aceptación de esta forma de participación, determinaba, a su vez, la inaplicación de las agravantes de los numerales 4° y 7° del artículo 324 por no haber sido conocidas por los procesados (fls.147 a 194-3).

3. A nombre de Jorge Alberto Jaramillo Arango

Al amparo de la causal tercera de casación, la demandante acusa la sentencia impugnada de haber sido dictada en un juicio viciado de nulidad, por violación del derecho de defensa.

Hace un resumen de la actuación procesal cumplida desde la ampliación de indagatoria de los procesados Javier Harold Villada Betancourt y

Jairo Alberto Muñoz Tascón en la fase de juzgamiento, donde reconocieron su vinculación al grupo insurgente "Corriente de Renovación Socialista", hasta la sentencia de segunda instancia, destacando que en el fallo de primer grado, confirmado por el *ad quem*, el juez dispuso compulsar copias con destino a la Fiscalía Delegada Regional para que se investigara el delito de rebelión confesado por ellos, no obstante haber sido negada su condición de rebeldes en este pronunciamiento y los anteriores.

Reflexiona sobre la naturaleza jurídica del delito político, su evolución, finalidades y diferencias con el ilícito común, y las razones que determinaron la expedición de la ley 104 de 1993, para detenerse en el estudio de sus disposiciones, específicamente de los artículos 54 y 56, y señalar que su vigencia operó cuando ya este proceso se hallaba en la etapa del juicio.

Al producirse la confesión de los procesados por el delito político, las conductas investigadas debieron ser adicionadas a la rebelión, porque fue en cumplimiento de instrucciones del grupo insurgente que se llevó a cabo el operativo político militar donde los acusados intervinieron en condición de "campaneros o postes".

La aplicación de la ley 104 de 1993 exigía que se adelantara por la autoridad judicial respectiva un estudio con el fin de establecer la existencia de conexidad entre el delito político y los delitos comunes, constituyendo esta previsión legal una excepción a la ruptura de la unidad procesal autorizada por el artículo 90.6 del estatuto procesal, que adquiere especial importancia si se tiene cuenta que el artículo 88 *ejusdem* impone investigar conjuntamente los delitos conexos.

Esta irregularidad derivada del incumplimiento de las exigencias normativas de adelantar una investigación conjunta, determinó la violación de las formas propias del juicio y el derecho de defensa, puesto que al haber sido desestimada por el *ad quem* la conexidad existente entre las conductas juzgadas y el delito de rebelión confesado en la fase del juicio, en el auto por medio del cual revocó la cesación de procedimiento, fueron tomados por sorpresa la defensa material y técnica, viéndose abocados a continuar el proceso sin que fuesen escuchados, porque el tema quedó finiquitado al desestimar el superior los planteamientos del *a quo*.

No se permitió que la conducta confesada fuera debatida conjuntamente con las conexas, impidiéndose así que la hipótesis delictiva planteada en la acusación se oxigenara con hechos que explicaban en su integridad lo ocurrido. En otras palabras, al disponerse la separación de las conductas conexas, se hizo más gravosa la situación del procesado, generándose violación del derecho de defensa por quebrantamiento del principio de unidad procesal.

A manera de conclusión hace finalmente las siguientes precisiones sobre la incidencia de esta irregularidad en la situación jurídica de los acusados:

-Si el Tribunal no hubiera desestimado la real existencia del delito de rebelión, y sus connotaciones en la realización de las conductas investigadas, habrían sido reconocidos los beneficios consagrados en la ley 104 de 1993.

-En la providencia en la cual el Tribunal negó la cesación de procedimiento por los delitos comunes, debió decretarla por el delito político, puesto que se cumplían los requisitos para hacerlo, o en su defecto, ha debido ordenar la compulsación de copias para su investigación por separado, en ese momento procesal, no después.

-La tramitación de procesos distintos por delitos conexos, determina que las decisiones de uno no puedan incidir en el otro, situación que impediría plantear una hipótesis defensiva frente a los delitos comunes, por ser una proyección de la pretensión rebelde, no pudiendo tener aplicación la exclusión de pena consagrada en el artículo 127 del Código Penal.

Apoyado en estas consideraciones solicita a la Corte casar la sentencia impugnada y decretar la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de clausura de la investigación, para permitir el juzgamiento conjunto de los delitos conexos. Como consecuencia de esta decisión, pide decretar la libertad de los procesados, conforme a lo dispuesto en el artículo 415.4 del estatuto procesal.

Concepto del Ministerio Público

El procurador Primero Delegado en lo Penal (E) considera que ninguno de los cargos presentados contra la sentencia impugnada está llamado a prosperar, razón por la cual solicita a la Corte no acceder a las pretensiones de la demandante. Los siguientes son sus planteamientos en relación con cada una de los escritos impugnatorios:

1. Demanda a nombre del procesado Jairo Alberto Muñoz Tascón. Considera que el Tribunal no desbordó su competencia funcional al revocar la providencia mediante la cual el Juzgado dispuso la cesación de procedimiento en favor de los procesados, habida cuenta que esta decisión es consultable, según lo establecido en el artículo 206 del estatuto procesal (modificado por el 29 de la ley 81 de 1993), pudiendo, por tal motivo, entrar a revisarla sin limitación alguna, como ha sido reiteradamente sostenido en doctrina de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

2. Demanda a nombre del procesado Javier Harold Villada Betancourt. a) En cuanto al error de hecho por falso juicio de identidad, por distorsión del contenido fáctico de las peritaciones de balística, la Delegada sostiene que la demandante no señala la manera como el juzgador incurrió en este desacierto, sino que se limita a tomar exclusivamente los aspectos favora-

bles de estas pruebas, con prescindencia de los demás elementos de juicio allegados al proceso.

Afirma que los resultados de las pruebas de balística, aseverativos de que la pistola no era apta para realizar disparos, y que los proyectiles hallados en el cuerpo de una de las víctimas correspondían a calibre .38, no liberan de responsabilidad a los acusados como coautores de los ilícitos; puesto que en el proceso obran elementos de prueba que permiten llegar a esta última conclusión, como los testimonios de Juan Guillermo Osorio y John Bayron Solís Acevedo, y su captura en situación de flagrancia, después que los habitantes del sector los señalaran como autores del hecho.

b) Error de hecho por falso juicio de existencia. Esta censura, en criterio del Procurador Primero Delegado, es infundada. Del estudio de la sentencia de segundo grado se advierte que el juzgador sí consideró los documentos que afirman su pertenencia al movimiento subversivo, como se deduce de la orden de expedir copias para la investigación de este concreto delito.

c) Error de derecho por falso juicio de legalidad en la apreciación de los testimonios de los agentes de la Policía John Bayron Solís Acevedo, Belarmino Antonio Marín Pulgarín y Javier Patiño Martínez. Este cargo debe también desestimarse. Dichas pruebas tiene plena validez ya que fueron aducidas legalmente al proceso.

Lo que hace veladamente la censora es criticar la credibilidad de estas probanzas, en particular el recuento que los testigos hacen de las explicaciones suministradas por los procesados inmediatamente después de su captura, cuestionamiento que no es de recibo en casación, puesto que la valoración de los medios de prueba es función del juzgador, y no por disentir el demandante de ella puede decirse que existe error.

Respecto a la "confesión" a que se refiere la casacionista, sólo se trata de las manifestaciones hechas por los capturados a los agentes de policía que efectuaron su captura, no de una exposición ante autoridad competente en la cual se hubieran dejado de observar las reglas que establece la ley para su recepción.

3. Demanda a nombre del procesado Jorge Alberto Jaramillo Amrgo. La situación que sirve de fundamento al cargo en modo alguno viola el derecho de defensa o vulnera la estructura del proceso, pues no puede perderse de vista que el Tribunal desechó la conexidad entre el delito de rebelión y los hechos investigados, y en tales condiciones mal podía hacer extensiva la acusación al delito político. Por esta razón, se dispuso la expedición de copias para su investigación por separado.

De otra parte, es claro que los procesados no buscaban con su conducta derrocar al gobierno nacional, ni suprimir o modificar el régimen

constitucional vigente, sino cobrar venganza por el hurto de una motocicleta (fls.19 y ss. cuaderno de la Corte).

Se Considera

En el orden lógico que impone el principio de prioridad de las causales en casación, la Corte iniciará el estudio de los cargos propuestos por los planteados al amparo de la tercera.

Demanda a nombre del procesado Jairo Alberto Muñoz Tascón.

Cargo Unico: Haber desbordado el Tribunal el ámbito de competencia funcional que le fijaba la apelación interpuesta contra la providencia de septiembre 28 de 1994, mediante la cual el Juez de conocimiento, en aplicación de la ley 104 de 1993, ordenó cesar todo procedimiento en contra de los procesados. Carácter subsidiario de la consulta respecto de los recursos.

1. La interpretación que la demandante hace del contenido del artículo 206 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el 29 de la ley 81 de 1993), en el sentido de que el grado jurisdiccional de la consulta no procede cuando alguna de las partes antepone el recurso de apelación, cualquiera sea el aspecto objeto de ella, no resulta consecuente con el alcance que a él corresponde.

Repetidamente ha sido sostenido que el instituto procesal de la consulta no es medio de impugnación o recurso, sino un mecanismo de revisión de la legalidad de ciertas decisiones judiciales, que opera por ministerio de la ley, que debe cumplir el superior jerárquico de quien la ha proferido.

A diferencia de los recursos, que son potestativos de los sujetos procesales y se fundan en razones de interés particular, la consulta opera por mandato legal, se apoya en razones de interés general, y es de carácter imperativo, particularidades que hacen que su cumplimiento no pueda dejarse al arbitrio de las partes, ni siquiera de la voluntad del funcionario judicial que ha proferido la decisión.

A estas diferencias habría que agregar las no menos importantes que en el ámbito de la competencia funcional del superior se presentan, acorde con la naturaleza de cada uno de estos institutos. Mientras en la apelación, la competencia del superior tiene carácter limitado, en cuanto sólo puede revisar aquellos aspectos que son objeto de impugnación, en la consulta la competencia es de plena justicia e ilimitada.

De plena justicia, porque está facultado para examinar la decisión consultada en sus distintos aspectos; ilimitada porque puede revocarla o modificarla en cualquier sentido, sin condicionamientos de índole alguna, aun en disfavor del procesado, según lo establece el artículo 34 de la ley 81 de 1993, modificatorio del 217 del estatuto procesal, y ha sido declara-

do en pronunciamientos de exequibilidad por la Corte Constitucional (Cfr. C-583/97, Mag. Pte. Doctor Carlos Gaviria Díaz, entre otras).

Frente a estas premisas, mal puede compartirse la postura de la abogada demandante, en el sentido de que la simple interposición del recurso de apelación contra una decisión consultable, cualquiera sea el aspecto impugnado, enerva la posibilidad de que el superior pueda entrar a considerar los aspectos que no han sido objeto de tacha por el apelante.

No se discute que el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 29 de la ley 81 de 1993, adolece de graves falencias en su redacción, y que si el exégeta aprehende literalmente su texto, necesariamente habría de concluir que cuando se interpone algún recurso contra la decisión consultable, trátese de reposición o apelación -la norma no hace distinciones-, no habría lugar a este grado jurisdiccional. Recuérdese el texto de la disposición:

"Providencias consultables. En los delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, son consultables ***cuando no se interponga recurso alguno***, la providencia mediante la cual se ordena la cesación de procedimiento, la preclusión de la investigación, la providencia que ordena la devolución a particulares de bienes del imputado o sindicado presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible o que sea objeto material del mismo y las sentencias que no sean anticipada" (negrillas fuera de texto).

Lógicamente el aspecto puramente literal no puede ser el único norte en el proceso de interpretación de una norma. También ha de auscultarse la teleología del precepto y el sistema al cual se integra, y en esta medida es claro que la interpretación propuesta por la actora contraviene la naturaleza y razón de ser del instituto de la consulta.

Ya ha sido dicho, en doctrina reiterada, que este nivel de revisión opera por mandato legal, y que su operancia no puede depender de la voluntad de las partes, de suerte que baste la interposición del recurso de alzada para que el superior deba inhibirse de revisar los aspectos no atacados, quedando circunscrita su competencia funcional al examen de los que lo fueron. Admitirlo, sería entronizar un mecanismo de burla a la ley, y permitir que el interés general que fundamenta la consulta ceda paso al particular de los sujetos procesales (Cfr. oct.22/97, Mag. Pte. Dr. Ricardo Calvete Rangel).

La expresión "son consultables cuando contra ellas no se hubiere interpuesto el recurso de apelación", utilizada en normatividades anteriores (ley 17 de 1975, art.1° y Decreto 050 de 1987, art.210), e incorporada hoy con algunas variantes en el texto del artículo 29 de la ley 81 de 1993, tenía entonces razón de ser porque el recurso de apelación otorgaba competencia al *ad quem* para conocer sin limitaciones de la providencia im-

pugnada (Ley 17 de 1975, art. 3° y Decreto 050 de 1987, art. 538), tornando por contera innecesaria la consulta, e imprimiéndole a ésta un verdadero carácter subsidiario.

Frente a la normatividad actual, en que el recurso de apelación otorga competencia al superior para decidir únicamente sobre los aspectos impugnados, una consideración de esta índole pierde vigencia, no siendo posible postular que la consulta es subsidiaria de la apelación.

La supletoriedad del instituto de la consulta ha de ser entendida en relación con los aspectos que no han sido objeto de apelación, y sin que la interposición del recurso comprometa la potestad del *ad quem*, derivada de la ley, de poder reformar sin limitación alguna la decisión consultada, aun en los aspectos impugnados y en perjuicio del procesado.

Totalmente equivocado resulta, por consiguiente, impugnar un determinado aspecto de la decisión consultable, en el entendido de que así se impide su examen integral por la segunda instancia, o que de esta manera el procesado en cuyo nombre se apela queda amparado por el principio de no *reformatio in pejus*.

2. La providencia de 28 de septiembre de 1994, mediante la cual el Juzgado de conocimiento dispuso la cesación de procedimiento en favor de los procesados, estaba sujeta al grado jurisdiccional de consulta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 de la ley 81 de 1993, modificatorio del 206 del Código de Procedimiento Penal.

Siendo ello así, el Tribunal tenía competencia plena para revisar la decisión consultada en su integridad, sin ninguna clase de limitaciones, pudiendo modificarla en cualquier sentido e inclusive revocarla, como finalmente lo hizo al advertir que no se cumplían las exigencias de la causal de extinción consagrada en la ley 104 de 1993. De suerte que, por este aspecto, no encuentra la Sala irregularidad alguna que haya podido afectar el debido proceso.

El cargo no prospera.

Demanda a nombre del procesado Jorge Alberto Jaramillo Arango.

Cargo único: Afectación del derecho de defensa y el debido proceso por quebrantamiento del principio de unidad procesal.

Presupuesto necesario para que pueda operar el principio de unidad procesal respecto de delitos conexos, es que el funcionario encargado de la investigación haya tenido conocimiento oportuno de ellos, al igual que del nexo sustancial que los vincula, de suerte que esté en condiciones de aprehender su conocimiento conjunto.

Contrario a los principios de celeridad y eficiencia que deben regir la administración de justicia, sería exigir al funcionario judicial que supera-

da la fase instructiva, retrotraiga la actuación procesal con el fin de investigar hechos delictivos hasta entonces desconocidos. La ley de rito no contempla una previsión semejante.

La solución que el ordenamiento jurídico trae es bien distinta de la expuesta. El artículo 14 de la ley 81 de 1993, modificatorio del 90 del Código de Procedimiento Penal, establece, por el contrario, como motivo de ruptura de la unidad procesal, el aparecimiento en la etapa del juicio de pruebas que determinen la existencia de otro hecho punible conexo.

En tratándose de conductas no conexas, con mayor razón procede la separación de las investigaciones, pues en un tal supuesto debe seguirse el principio general previsto en el artículo 88 *ejusdem*, de acuerdo con el cual por cada hecho punible corresponde adelantar una actuación procesal, hipótesis que fue a la que se acudió en el caso objeto de estudio, por lo que los juzgadores de instancia dispusieron correctamente la expedición de copias para su averiguación por separado.

Ahora bien. La ley 104 de 1993, modificada por la 241 de 1995, no introduce excepción alguna al motivo de ruptura de la unidad procesal consagrado en el artículo 90.6 del Código de Procedimiento Penal (hoy artículo 14 de la ley 81 de 1993). La imposición contenida en el artículo 54 de la ley 104, de entrar a establecer la existencia de conexidad entre los delitos comunes objeto de juzgamiento y el político que no venía siéndolo, tenía un objetivo específico: determinar, con fundamento en las pruebas adjuntadas a la petición y las obrantes en el proceso, la procedencia de los beneficios allí previstos, para cuyos efectos el juzgamiento quedaba suspendido hasta tanto fuera decidida la solicitud (arts.54 y 56 de la ley 104 de 1993 y 22, 25 y 26 de la ley 241 de 1995).

Si el estudio del funcionario judicial resultaba favorable, debía disponer la extinción de la acción penal en relación con todos los delitos -los comunes objeto de juzgamiento y los de carácter político no investigados-, siempre y cuando se cumplieran las demás condiciones establecidas en la ley, y no se tratara de hechos punibles exceptuados por ella, como delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia, o en estado de indefensión, secuestros, y actos de ferocidad o barbarie (art.48 inc.3° de la ley 104/93).

En los demás casos, es decir cuando el análisis de las pruebas aportadas no revelaba vínculo sustancial alguno que permitiera afirmar la existencia de conexidad, o cuando habiéndose acreditado ésta, la ley de beneficios resultaba inaplicable por tratarse de delitos distintos de los amparados por ella, la solución no podía ser otra que la adoptada por los juzgadores de instancia en el presente asunto: negar el reconocimiento de los beneficios solicitados; continuar el proceso en relación con los delitos que venían siendo objeto de juzgamiento; y, ordenar la compulsación de

copias para investigar por separado, si hubiere lugar a ello, los hechos punibles confesados no comprendidos en la resolución acusatoria.

En el caso materia de análisis, como se recuerda, la inaplicación de los beneficios se fundamentó no sólo en la ausencia de conexidad entre los delitos investigados y la actividad rebelde que los procesados reconocían, sino también en la particularidad de no encontrarse amparados por la ley, por tratarse de homicidios cometidos fuera de combate, y en situación de indefensión de las víctimas.

Ninguna inconsistencia procedimental de índole sustancial se advierte, por tanto, en la tramitación y decisión de la solicitud de aplicación de la ley 104 de 1993, y si bien es cierto la compulsación de copias no fue ordenada en la providencia que dispuso continuar el juicio, sino después, esta omisión para nada afecta la validez de la actuación procesal.

El cargo no prospera.

Demanda a nombre del procesado Javier Harold Villada Betancourt.

1. Haber incurrido el juzgador en error de hecho por falso juicio de identidad en la apreciación de las pruebas de balística.

La Sala comparte las afirmaciones del Procurador Primero Delegado en el sentido de que este cargo no está llamado a prosperar, entre otras razones porque la censora no señala la manera como los juzgadores distorsionaron el contenido material de estas peritaciones.

La doctrina de la Corte ha sido insistente en precisar que esta clase de error se presenta cuando el Juzgador pone a decir a la prueba lo que objetivamente ella no revela, y su demostración debe hacerse confrontando el contenido material del fallo con el del medio probatorio indebidamente apreciado, pues no de otra manera podría acreditarse la tergiversación en su expresión fáctica.

Este requerimiento de carácter técnico es desatendido por la impugnante, quien se distrae en consideraciones conceptuales que ninguna relación guardan con el error denunciado, limitándose a señalar que de haber sido correcta la apreciación de los dictámenes, los juzgadores habrían reconocido que la pistola decomisada no fue la utilizada en la causación de los resultados objeto de juzgamiento.

Aun cuando esto sería suficiente para desestimar la censura por ausencia de fundamentación, no puede dejar de precisarse que las apreciaciones de la impugnante en este sentido son equivocadas. Si bien es cierto la pericia llevada a cabo sobre la pistola incautada a Villada Betancourt determinó que uno de sus dispositivos no funcionaba, ello no necesariamente significa que cuando sucedieron los hechos no estuviera en buen estado.

El desperfecto bien pudo haber sobrevenido a su utilización en los atentados, hipótesis que racionalmente resulta aceptable si se toma en cuenta que ningún sentido tiene acudir a una cita de las características de la acordada por los acusados, portando un arma inservible; pues se sabe que quien atacó a Juan Guillermo Osorio Zapata utilizó una pistola, y que ésta dejó de disparar cuando apenas habían sido percutidos 5 o 6 tiros, circunstancia que aunada al hecho acreditado de que el arma decomisada tiene una capacidad de trece (13) cartuchos, y que en su interior fueron hallados siete (7), permiten sin mayor esfuerzo concluir que fue una de las utilizadas en la comisión de los hechos.

La otra peritación de balística tampoco descarta el uso de esta arma en la ejecución del episodio delictivo. Sus conclusiones en torno al calibre de los proyectiles recuperados en el cuerpo de Ferreira Gómez, sólo indican que la pistola no fue utilizada para producir su muerte, en manera alguna que no lo haya sido para atentar contra las otras víctimas, como ya se dejó visto.

Estas consideraciones, y las que adicionalmente presenta el Procurador Delegado en su concepto, resultan suficientes para desestimar el reproche.

2. Error de derecho por falso juicio de legalidad en la apreciación de los testimonios de los miembros de la Policía John Bayron Solís Acevedo, Belarmino Antonio Marín Pulgarín y Javier Patiño Martínez.

El desarrollo de este ataque en nada corresponde al desacierto denunciado. Para que exista error de derecho por falso juicio de legalidad se requiere que el juzgador otorgue validez a una prueba que ha sido irregularmente incorporada al proceso, o le niegue toda eficacia porque considera que no reúne los requisitos legales de aducción, cumpliéndolos.

Ninguna de estas hipótesis ha sido desarrollada por la impugnante. Su alegación está orientada a cuestionar la legalidad de un procedimiento antecedente a la recepción de los mencionados testimonios, que para nada compromete la validez o eficacia jurídica de estos últimos como actos de prueba autónomos.

La probabilidad de éxito de un ataque por vicios de legalidad contra las referidas probanzas, sería además inane, si se toma en cuenta que en su aducción y producción se cumplieron las formalidades legales, y que en las anotadas condiciones no existiría motivo alguno para negar su eficacia probatoria por inobservancia de los presupuestos esenciales de validez.

Las preguntas realizadas por los agentes de la policía nacional a los procesados inmediatamente después de su aprehensión, con el fin de hacer claridad sobre lo sucedido, constituyen, por su parte, actos de averiguación que la policía judicial puede cumplir en ejercicio de la función de

que está investida, por ser inherentes a ella, cuyos resultados el funcionario judicial puede valorar probatoriamente, con arreglo a los principios que presiden la sana crítica, en la medida que hayan sido plasmados en un informe, o revelados directamente por quienes realizaron los operativos (arts.336 y 338 Decreto 050 de 1987 y 316 del actual estatuto procesal).

Dentro de esta óptica, fueron valoradas por los juzgadores las manifestaciones de los capturados, no siendo cierto, como se afirma en la demanda, que se les haya dado el carácter de confesión. Por parte alguna aparece en los fallos una afirmación de esta naturaleza. La prueba de la responsabilidad viene básicamente dada por la captura en situación de flagrancia y los indicios que militan en su contra, como puede inferirse de la síntesis que de ella hace el *ad quem*:

"No obstante que del acontecer criminal que les costó la vida a dos ciudadanos y a punto estuvo de causarle la muerte a otro, no existe versión alguna que señale directamente a los procesados, como autores del atentado, pues por mala fortuna el sobreviviente desde un comienzo asume una actitud de defensa al no reconocer a sus atacantes, es lo cierto que la prueba indirecta, nutrida con la captura en flagrancia, la coartada sin fundamentos propuesta desde el inicio por los sindicados, su presencia en el lugar, su intento de fuga, el ataque a la autoridad para eludir su acción, permite establecer con certeza la responsabilidad de los comprometidos en la comisión de los ilícitos; de ahí que la deducción de responsabilidad determinada por el a quo *es decisión ajustada a derecho y constituye la respuesta adecuada del Estado a la actitud reprochable asumida por los procesados" (fls.88 y 89-3).*

Las veces que los juzgadores aluden al instituto de la confesión, lo hacen para referirse a la aceptación de responsabilidad de los procesados en el delito político, motivados por los beneficios de la ley 104 de 1993, en modo alguno a las revelaciones que hicieron a los policiales después de su captura, ni siquiera al reconocimiento indirecto que de cierta manera hacen de su participación en estos últimos, al confesarse "campaneros o postes" en su ejecución.

El cargo no prospera.

3. Error de hecho por falso juicio de existencia derivado de la falta de apreciación de los elementos de prueba relacionados con la solicitud de aplicación de la ley 103 de 1994, concretamente del listado oficial de integrantes de la Corriente de Renovación Socialista remitido por el Ministerio de Gobierno, donde aparecen incluidos los procesados, y el certificado de pertenencia al movimiento, expedido por el vocero del grupo subversivo (fls.582-1 y 739-2).

Este reproche, además de infundado, en cuanto no es cierto que los juzgadores hayan prescindido del análisis de los citados medios de pruc-

ba en las sentencias, resulta contradictorio, como quiera que contiene toda una serie de propuestas, todas excluyentes, de naturaleza jurídica, elaboradas a partir del mismo error denunciado, y en el entendido de ser su consecuencia directa.

Para empezar, dígase que la recurrente, con apoyo en unos mismos fundamentos fácticos y jurídicos, denuncia la violación de los principios de presunción de inocencia, por haber sido condenados los acusados sin existir prueba de su responsabilidad en los hechos; de *in dubio pro reo*, al haberles sido negada su condición de cómplices; y, de no comunicabilidad de circunstancias materiales, al habérseles deducido las agravantes previstas en los numerales 4° y 7° del artículo 324 del Código Penal.

Esta mezcla de pretensiones resulta abiertamente antitécnica, no sólo por contener propuestas jurídicas irreconciliables, lo cual contraría de suyo elementales principios de lógica, sino porque planteamientos de esta índole, acorde con lo previsto en el artículo 225.4 del estatuto procesal penal, sólo pueden ser examinados en la medida que el recurrente los haya planteado separadamente en el texto de la demanda, y de manera subsidiaria.

Principios jurídicos enseñan que si en el proceso no existe prueba de la responsabilidad de los procesados en los hechos, el juzgador no puede dictar fallo condenatorio en su contra, ni siquiera en condición de cómplices, siendo lo consecuente con una postura de este tipo, la solicitud de absolución; y no porque se reconozca en ellos la calidad de cómplices, significa que deban ser excluidas las agravantes de los numerales 4° y 7° del artículo 324 del Código Penal, subrogado por el art.30 ley 40 de 1993, que les fueron deducidas en los fallos.

Al margen de las inconsistencias que vienen de ser precisadas, no es cierto que las sentencias hubieran ignorado la prueba documental que da fe de la pertenencia de los procesados al movimiento insurgente "Corriente de Renovación Socialista". De haber esto acontecido, no habría sido dispuesto en ellas la expedición de copias del proceso para investigar el posible delito de rebelión.

Ni siquiera es cierto que los juzgadores hayan desconocido su alegada condición de rebeldes. En el estudio realizado por éstos se parte del supuesto de la existencia del delito político, sólo que se niega, con fundamento en la prueba recaudada en el proceso, su vinculación con los ilícitos objeto de juzgamiento, como surge con absoluta nitidez del siguiente aparte de la sentencia de segundo grado, y del contenido del auto de 3 de enero de 1995, al cual el Tribunal hace expresa alusión:

"De manera que la Sala considera que en torno a la existencia del delito de rebelión, insistentemente reclamada por la defensora y en retórico discurso político demandada por los condenados, existió desde el pronuncia-

miento comentado suficiente claridad, como para seguir estimando que el doble homicidio agravado consumado y el imperfecto, fueron acciones criminales desprovistas de cualquier carácter político, y que si bien los procesados, posiblemente bajo la expectativa de la aplicación de los beneficios contemplados en la ley 104 confesaron su participación en un delito de carácter político, bien lo hizo el a quo al ordenar la compulsación de copias para que se investigue a fondo su militancia en el grupo desmovilizado" (fls.88-3).

El cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, oído el concepto del Procurador Primero Delegado (E), administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

DERECHO DE DEFENSA/ INDAGATORIA/ INDICIO

1. SOLICITUD DE CASACION OFICIOSA: Como ya se mencionó, la indagatoria de (...) fue recibida por la Fiscalía en las dependencias de la Cárcel del Circuito Judicial de Chiquinquirá, asistido por una persona honorable pero carente de título de abogado, el 28 de junio de 1993, cuando aún estaba rigiendo el inciso 1° del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, que permitía expresamente, al igual que el artículo 34 del decreto 196 de 1971, que cuando no hubiere abogado que asistiese al por indagar, la defensa se confiara a un ciudadano honorable, siempre que no fuese servidor público.

De acuerdo con lo que ahora dispone el artículo 45 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, desde antes definido por la jurisprudencia constitucional y también señalado por esta Sala, entre otras providencias en las de fecha 26 de junio de 1996, casación 9280, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel ("en ese momento no sólo no constituía irregularidad alguna, sino que el funcionario obró así en cumplimiento de la ley, de manera que su posterior declaración de inconstitucionalidad produce efectos hacia el futuro, y no puede pretenderse, so pretexto de esa circunstancia sobreviniente, la nulidad de un proceso ajustado a la legislación vigente"); 25 de julio de 1996, casación 9577, y 6 de mayo de 1998, casación 11053, ponente quien ahora realiza igual función, la sentencia de la Corte Constitucional C-049, de fecha 8 de febrero de 1996, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz, que declaró la inexequibilidad de las disposiciones citadas en el párrafo anterior, sólo produce efectos hacia el futuro, al no haberse realizado mención a alguna hipotética retroactividad, por lo cual no alcanza a incidir en tal diligencia, practicada con anterioridad y dentro de la facultad claramente conferida por los expresos preceptos legales vigentes en el momento de su realización.

2. En la construcción de un indicio se necesita que el hecho indicador esté probado, lo cual significa que el reproche puede consistir en haber supuesto pruebas para acreditarlo, en haber omitido considerar las que lo desvirtúan, en tergiversar los elementos de juicio para

declararlo probado, en violar las reglas de la sana crítica al darles valor, o en tener en cuenta pruebas ilegalmente aducidas, todo lo cual frente a este primer elemento del indicio (el hecho indicador), permite que el cargo se pueda presentar por error de hecho o de derecho, según sea el caso.

Cuando el reparo se dirige únicamente a rebatir la inferencia lógica, se debe invocar el falso juicio de identidad, por ocurrir una tergiversación al inferir de los hechos probados consecuencias que éstos no generan.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., octubre veintiuno (21) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 10240

Aprobado Acta No. 156

ASUNTO

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto en defensa de Francisco Antonio Cañón González, contra la sentencia de fecha 18 de agosto de 1994, por medio de la cual el Tribunal Superior de Tunja confirmó la dictada el 21 de abril del mismo año por el Juzgado 4° Penal del Circuito de esa misma ciudad, que entre otras determinaciones condenó a dicho procesado a 27 años de prisión por el delito de homicidio cometido contra Anatilde Torres de Parra.

HECHOS

El domingo 20 de junio de 1993, Luis Guillermo Lara Cortés y Pablo Arturo Cañón González, recorrieron en un campero Toyota, de color blanco, las calles de Pauna (Boyacá), encontrando a los hermanos Querubin y Pedro Vicente Parra Rodríguez, familia con la que tenían divergencias, contra quienes dispararon armas de fuego, lesionando en una pierna al último mencionado.

Querubin llevó a su hermano al centro local de salud, donde le hicieron algunas curaciones y luego lo trasladó a la casa de Luis Murcia Buitrago, ubicada frente al puesto asistencial.

Mientras tanto Luis Guillermo Lara Cortés, los hermanos Pablo Arturo y Francisco Antonio Cañón González, quien se les había unido, y otros individuos, al parecer todos embriagados, protagonizaron un incidente contra Blanca Inés Zamudio Garzón y otras personas que viajaban hacia Chiquinquirá, a quienes amenazaron con sus armas y dispararon contra el vehículo en que se desplazaban, forzando a ella a pagar los daños causados accidentalmente a otro campero.

En otro lugar de Pauna se efectuaron más disparos, resultando herida la señora María Herlinda Prieto Sanabria, quien falleció dos días después en el Hospital San Rafael de Tunja. En desarrollo de estos episodios también resultó lesionado Pablo Arturo Cañón González y fue conducido al centro de salud de Pauna por su hermano Francisco Antonio y por Luis Guillermo Lara Cortés, donde uno de ellos insultó a la enfermera María Esperanza Garzón Sierra y le disparó cuando trató de huir, sin atinarle.

Enterada la señora Anatilde Torres de Parra de la herida sufrida por su hijo Pedro Vicente, se trasladó al puesto de salud a averiguar por su estado. En el centro asistencial se encontró con Luis Guillermo Lara Cortés y Francisco Antonio Cañón González, con quienes intercambió breves palabras, disparándole el primero un proyectil que hizo que Anatilde cayera al piso, falleciendo después de que el segundo le disparara dos veces más.

Miembros de la Policía Nacional, avisados de los acontecimientos, retuvieron a Lara Cortés y a Pablo Arturo Cañón González cuando arribaron a Chiquinquirá en el campero Toyota de color blanco, en busca de atención médica para el segundo. Francisco Antonio Cañón González fue aprehendido dos días después en San Miguel de Sema, portando arma de fuego que motivó remisión a la justicia regional (f. 215 cd. inicial).

ACTUACIÓN PROCESAL

El 22 de junio de 1993 la Fiscalía 21 Seccional de Chiquinquirá abrió investigación (fs. 8 y 9 ib.); escuchado en indagatoria, Luis Guillermo Lara Cortés acusó a Francisco Antonio Cañón González de haber disparado contra Anatilde Torres de Parra, a pesar de que él trató de evitarlo (fs. 23 y ss. y 55 y ss. ib.).

Francisco Antonio fue indagado el 28 de los mismos, en las dependencias de la Cárcel del Circuito de Chiquinquirá; al manifestar que no tenía abogado para designar y "debido a la imposibilidad para lograr la asistencia de un titulado", el Fiscal le nombró de oficio a un ciudadano (f. 47). En esta diligencia el indagado se mostró ajeno a los episodios investigados.

El 29 del mismo mes fue resuelta la situación jurídica de los tres capturados, con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación, por el concurso de delitos de homicidio en Anatilde Torres de Parra y María Herlinda Prieto Sanabria y disparo de arma de fuego contra vehículo (fs. 60 a 70); se ordenó allegar dictamen sobre las lesiones sufridas por Pedro Vicente Parra Torres y Pablo Arturo Cañón González, que luego se dispuso fueran investigadas en otra actuación, al tratarse de posibles contravenciones.

El 12 de julio siguiente Francisco Antonio pidió ampliar su indagatoria, "con el objeto de manifestar ciertos aspectos que inicialmente no dije

ante su respetado despacho" (fl. 118 ib.). Es escuchado el 21 de igual mes, designando como defensor al mismo abogado que acude a casación y expresando que "Luis Guillermo Lara fue el autor del homicidio de la señora Anatilde Torres de Parra" (fs. 134 y ss.).

Allegada abundante prueba de diversa índole, el 2 de septiembre de 1993 es cerrada la investigación (fl. 377); surtidos los traslados de rigor y presentados alegatos de conclusión, el 15 de octubre siguiente la Fiscalía 21 Seccional de Chiquinquirá dictó resolución de acusación contra Francisco Antonio Cañón González por el homicidio en Anatilde Torres de Parra, disparo de arma de fuego contra vehículo y porte ilegal de armas, pese a que en relación con esta infracción en la parte motiva "se le excluye" por estar siendo "procesado por parte de una Fiscalía Regional"; Luis Guillermo Lara Cortés por el concurso de homicidios en María Herlinda Prieto Sanabria y Anatilde Torres de Parra, disparo de arma de fuego contra vehículo y porte ilegal de armas de defensa personal; y Pablo Arturo Cañón González, por el homicidio de la señora Prieto Sanabria, disparo de arma de fuego contra vehículo y porte ilegal de armas de defensa personal. Esta providencia no fue recurrida (fs. 557 y ss.).

El juicio fue adelantado por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Tunja, en consideración a que el Tribunal Superior de aquella ciudad el 2 de diciembre de 1993 aceptó las razones expuestas por el Juez 2° Penal del Circuito, el Fiscal 21 Seccional y el Procurador Provincial, todos de Chinquinquirá, para cambiar de radicación el asunto (fl. 21 y Ss. cd. 1 segunda instancia). Allegadas otras pruebas y llevada a cabo audiencia pública, el 21 de abril de 1994 el funcionario de conocimiento dictó sentencia, adoptando las siguientes determinaciones, entre otras:

1. Condenó a Luis Guillermo Lara Cortés a la pena de 27 años y 6 meses de prisión, por los delitos de homicidio en Anatilde Torres de Parra y disparo de arma de fuego contra vehículo; lo absolvió por el homicidio de María Herlinda Prieto Sanabria y el porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

2. Condenó a Francisco Antonio Cañón González a 27 años de prisión por el homicidio de Anatilde Torres de Parra, y lo absolvió por los delitos de disparo de arma de fuego contra vehículo y porte ilegal de armas, deducidos en la resolución acusatoria.

3. A cada uno les impuso, además, interdicción de derechos y funciones públicas por 10 años y prohibición de consumir bebidas alcohólicas durante 3 años, al igual que la obligación de indemnizar en concreto los perjuicios materiales y morales irrogados al esposo e hijos de Anatilde.

4. A Pablo Arturo Cañón González lo absolvió de todos los cargos formulados en la acusación.

La providencia anterior fue apelada por los defensores de Lara Cortés y Francisco Antonio Cañón González, siendo confirmada el 18 de agosto de 1994 por el Tribunal Superior de Tunja mediante la que hoy se estudia en casación., por el recurso que interpuso y sustentó el defensor del segundo; la impugnación que también propuso Lara Cortés fue declarada desierta, debido a que no presentó demanda de casación (fs. 3 y 4 cd. Corte).

La Demanda

Al amparo de la causal primera, el defensor de Francisco Antonio Cañón González pide que se case el fallo y se absuelva a su acudido, por haber sido condenado con "violación directa de la ley sustancial en la sentencia acusada por apreciación errónea de algunas pruebas las cuales acreditan plenamente la inocencia", ensayando cinco cargos:

1° "Error de hecho por apreciación errónea" de los exámenes periciales efectuados sobre el cadáver de Anatilde Torres de Parra, toda vez que el juzgador sólo tuvo en cuenta en forma parcial el concepto emitido por el médico del centro de salud de Pauna, quien no obstante señalar que las heridas que presentaba el cuerpo de la señora Anatilde Torres de Parra fueron causadas por arma de un sólo modelo, aclaró que en algunas ocasiones proyectiles de diferente arma y de distinto calibre, dejan orificios muy similares, difíciles de distinguir a simple vista. Para dilucidar el punto, considera el demandante que se requería la práctica de un dictamen especializado tal y como lo provee la ley, prueba que no se practicó, situación que lo lleva a sostener que las heridas ocasionadas a la víctima provienen de los disparos efectuados por un sólo tipo de arma, "en este caso por la accionada por el condenado Luis Guillermo Lara Cortés", y no por su representado (fl. 111 cd. segunda instancia).

2° "Error de hecho por apreciación errónea de la prueba" testimonial de la niña Fidelia León González, pues el juzgador la tergiversó cuando sostuvo que ella tan sólo reconstruyó la primera parte del episodio (la agresión que causó Lara Cortés) y guardó sospechosamente silencio sobre la segunda parte, donde interviene Francisco Antonio Cañón González, interpretando que quiso con ello favorecerlo. Frente a esta conclusión, opina el recurrente que no existe dentro del proceso ninguna circunstancia que lleve a restarle credibilidad a Fidelia; por el contrario, se trata de una menor sin parentesco con los intervinientes, que no conocía a su representado, de manera que se ha debido aceptar su relato, que consulta la realidad de los hechos.

Enumera como violados los artículos "247, 249, 254, 300, 301, 302, 303 del C.P.P.", a los cuales había agregado 248 y 273 en el cargo primero.

3° "Error de hecho por omisión de prueba", en cuanto en la audiencia pública se escuchó el testimonio de Luis Eugenio Díaz Buitrago, que coincide con el de Fidelia León González, pero que no fue estimado por el juzgador debido, según dice, a no haber el testigo firmado el acta correspondiente, dado que el Juez lo autorizó a retirarse (fl. 114 ib.). Aduce como violadas las disposiciones contenidas en los artículos 247 a 250 y 254 del Código de Procedimiento Penal y "445 (sic) del Código Penal".

4° Considera el defensor que los falladores no tuvieron en cuenta los testimonios de Juan Francisco Peláez Ramírez, Comandante de la Sub-Estación de Policía de Pauna; Diego Matamoros López, agente de la misma Estación; el médico y la enfermera de la localidad Gerson Amilkar y Esperanza Cañón, ni la denuncia formulada por el señor José de Jesús Parra Torres, pruebas que en ningún momento señalan a Francisco Antonio Cañón González participando en el homicidio de la señora Anatilde Torres de Parra; por el contrario, de cada uno extrae aspectos que permiten inferir que una sola persona fue la autora del homicidio (fl. 116 ib.). Así, encuentra violado lo dispuesto en los artículos "247, 254, 300, 301, 302, 303 del C.P.P. demostrándose plenamente que el fallador omitió en forma reiterada la prueba indiciaria incurriendo en error de hecho por omisión de la prueba".

5° "Error de hecho por apreciación y omisión errónea de la prueba", estimando el impugnante que la sentencia recurrida se basó en el testimonio de Querubín Parra Torres, quien refirió que Luis Guillermo Lara Cortés le propinó un disparo a la señora Anatilde y cuando ella se encontraba en el suelo la hirió en dos ocasiones más Francisco Antonio Cañón González, dicho al cual, en su opinión, no puede darse credibilidad por provenir del hijo de la víctima, quien por demás incurrió en algunas contradicciones, ya que en su segunda versión no señaló a Francisco Antonio saliendo del Centro de Salud sino que lo ubica a 50 metros corriendo, ni mencionó que se encontraba armado, "no pudiendo en ningún momento decir con claridad las características del arma que según él portaba mi defendido", lo cual sí hizo "con demasiada claridad" en relación con la que utilizó Lara Cortés.

Es del parecer que el Tribunal se limitó a darle credibilidad al dicho del testigo en los aspectos desfavorables, "sin cuestionar en lo más mínimo ni la personalidad de éste, las singularidades y contradicciones que éste reiteradamente incurría y la falta de veracidad y lógica como fueron recepcionadas sus declaraciones. No se analizó en ningún momento las situaciones que favorecían al procesado, únicamente se vio el lado opuesto de la prueba" (transcripción textual, f. 118 ib.).

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal considera que la demanda debe ser desestimada en todos sus enfoques, no sólo por las

fallas técnicas en que incurre, sino al no demostrar los errores endilgados al Tribunal y carecer de fuerza para desvirtuar el fallo.

En relación con el *primer cargo*, sostiene el Delegado que el defensor, además de fallar en cuanto a la claridad y precisión debidas y omitir la mención de la norma sustancial que estima infringida, deja sin demostrar sus afirmaciones de que los tres tiros causantes de la muerte hubiesen sido producidos por una sola arma y que las que portaban los dos acusados de disparar contra la señora Anatilde fuesen de diferente calibre. Lo que pretende es aprovecharse de la "irresponsabilidad o impericia del médico que realizó el dictamen", en cuanto éste de la simple observación de los orificios que presentaba el cadáver derivó que fueron causados por un solo tipo de arma, pese a aclarar que en algunas ocasiones proyectiles de diferente procedencia y calibre dejan orificios muy similares, difíciles de distinguir a simple vista.

Observa que las conclusiones del médico chocan contra las reglas científicas, que en esta materia indican la imposibilidad de determinar con la simple observación del orificio de entrada el calibre del arma que disparó el proyectil, "pues siendo la piel un elemento elástico, tal característica le permite expandirse en el momento de recibir el impacto del proyectil para luego retraerse dejando una huella de dimensión inferior a la del elemento que la penetró, pudiendo el orificio presentar similares dimensiones ante diferentes calibres en función de la velocidad del impacto, la zona del cuerpo en donde se haya recibido y el mismo grosor del proyectil."

Tampoco se acreditó el hallazgo de vainillas en el lugar del homicidio y el censor sólo refleja su inconformidad hacia las valoraciones del Tribunal, que concluyó que Francisco Antonio Cañón González disparó dos veces contra la señora Anatilde Torres de Parra, apreciación que no surge del dictamen pericial sino de la revisión analítica de las pruebas, que debe prevalecer al arribar asistida de las presunciones de acierto y legalidad, mientras el recurrente "no logra avalar sus especulaciones".

En cuanto al *segundo cargo*, recuerda las posibilidades de error que habrían podido servir de base para cuestionar la apreciación que el Tribunal efectuó sobre el testimonio de la menor Fidelia León González, pero no es por tal vía que procede el recurrente, quien se limitó a reclamar credibilidad por ausencia de motivos para mentir. Por el contrario, destaca el representante de la sociedad que el *ad quem* examinó el testimonio de Fidelia con apego a las reglas de la sana crítica y, además por su confrontación con otros medios de convicción, no le dedujo la calidad de prueba cierta de lo acontecido y concluyó que la declarante hizo una narración parcial, tratando de favorecer a Cañón González al no señalarlo como agresor de la señora Anatilde.

En relación con el testimonio de Luis Eugenio Buitrago Díaz, recibido en el curso de la audiencia pública, motivo del *tercer cargo*, opina el Minis-

terio Público que no es cierto que los juzgadores de primera y segunda instancia no hubieran valorado el dicho del mencionado declarante, pues sí lo hicieron, desestimando su credibilidad en lo que coincide con la incompleta versión suministrada por la menor Fidelia León González, que al igual se consideró sospechosa "al no haber querido ser contundente en sus respuestas y no haber reconocido a uno de los procesados a pesar de ser amigo suyo de años atrás". Señala que si bien el testigo no firmó el acta, ello constituye irregularidad intrascendente, dado que en su evacuación se observaron las reglas previstas por la ley, en acto público donde participaron los sujetos procesales, quienes con su firma subsanaron la ausencia, sin cuestionar la veracidad del contenido del acta.

Frente a este cargo, como en los anteriores, el Procurador asevera que el recurrente omitió identificar la norma sustancial infringida y desarrollar la manera como el pretendido error influyó en el sentido del fallo.

Referente al *cuarto cargo*, en el cual el actor hace mención parcial de los testimonios de Juan Francisco Peláez Ramírez, Diego Matamoros López, del médico Gerson Amilkar Páez Flórez y la enfermera auxiliar Esperanza Cañón, queriendo con las porciones que en cada caso toma sustentar que solamente Lara Cortés disparó en contra de la señora Anatilde Torres de Parra, a más de constituir planteamiento inconcluso en concepto del Procurador, desconoce que esas fracciones no son indicios dejados de apreciar, sino aspectos de prueba testimonial que a la hora del fallo poco contribuyeron en la formación del convencimiento del juzgador, quien hubo de recurrir a declaraciones provenientes de testigos directos de los hechos, que sí contribuyeron a su esclarecimiento.

Al ocuparse del *quinto cargo*, no encuentra cabal demostración de error de hecho por falso juicio de identidad sobre la estimación que los juzgadores de instancia hicieron del testimonio rendido por Querubín Parra Torres, que no se demerita por el sólo hecho de provenir de un hijo de la víctima; el Procurador considera que la ubicación del testigo, el número de proyectiles disparados y su relación con otros medios probatorios, incluida "su coincidencia con la prueba técnica que también de alguna forma discute el casacionista", esclarecen la verdad sobre la responsabilidad de Cañón González, en cuanto también disparó contra la señora, juicio que no logra refutar el censor, quien, de otro lado, dejó de presentar "una nueva visión probatoria que determine decisión contraria a la impugnada".

Solicitud de Casación Oficiosa: *Luego de resaltar que la demanda no está llamada a prosperar, el Procurador Delegado transcribe buena parte del pronunciamiento de esta Sala de fecha mayo 9 de 1995, casación 8937, Ms. Ps. doctores Carlos Eduardo Mejía Escobar y Guillermo Duque Ruiz, y con ese fundamento pide que oficiosamente y en forma parcial se case la sentencia impugnada, declarando la nulidad de lo actuado en relación con el procesado Francisco Antonio Cañón González a partir de su indagatoria,*

con excepción de las pruebas legalmente recaudadas, y se ordene devolver el expediente a la Fiscalía de origen para que allí se reponga la actuación viciada.

En apoyo de su solicitud, expone que a Cañón "se le recibió indagatoria sin la asistencia de un profesional del derecho y si bien no se produjo de forma evidente una limitación a sus facultades de defensa técnica en la etapa del sumario, lo cierto es que en tal trascendental diligencia estuvo acompañado por una persona honorable, cuando las condiciones materiales del sitio en donde se realizó la indagatoria (Chiquinquirá) imponía la obligación de procurar la intervención de un abogado".

De la providencia que cita, deduce que la ausencia de abogado en la indagatoria no puede ser convalidada con la posterior intervención de un letrado, toda vez que si se reconoce la naturaleza del derecho fundamental a la defensa técnica y una particular importancia al acto de vinculación procesal, las irregularidades cometidas en éste tienen el carácter de sustanciales y, por tanto, es causal de ineficacia de los actos procesales en los términos del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por los efectos que produciría en caso de prosperar, la Sala se ocupará en primer lugar de la petición de casación oficiosa por nulidad, planteada por el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal, para luego analizar los cargos endilgados por el defensor.

Solicitud de Casación Oficiosa: *Como ya se mencionó, la indagatoria de Francisco Antonio Cañón González fue recibida por la Fiscalía en las dependencias de la Cárcel del Circuito Judicial de Chiquinquirá, asistido por una persona honorable pero carente de título de abogado, el 28 de junio de 1993, cuando aún estaba rigiendo el inciso 1° del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, que permitía expresamente, al igual que el artículo 34 del decreto 196 de 1971, que cuando no hubiere abogado que asistiese al por indagar, la defensa se confiara a un ciudadano honorable, siempre que no fuese servidor público.*

De acuerdo con lo que ahora dispone el artículo 45 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, desde antes definido por la jurisprudencia constitucional y también señalado por esta Sala, entre otras providencias en las de fecha 26 de junio de 1996, casación 9280, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel ("en ese momento no solo no constituía irregularidad alguna, sino que el funcionario obró así en cumplimiento de la ley, de manera que su posterior declaración de inconstitucionalidad produce efectos hacia el futuro, y no puede pretenderse, so pretexto de esa circunstancia sobreviniente, la nulidad de un proceso ajustado a la legislación vigente"); 25 de julio de 1996, casación 9577, y 6 de mayo de 1998, casación 11053, ponente quien ahora

realiza igual función, la sentencia de la Corte Constitucional C-049, de fecha 8 de febrero de 1996, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz, que declaró la inexequibilidad de las disposiciones citadas en el párrafo anterior, sólo produce efectos hacia el futuro, al no haberse realizado mención a alguna hipotética retroactividad, por lo cual no alcanza a incidir en tal diligencia, practicada con anterioridad y dentro de la facultad claramente conferida por los expresos preceptos legales vigentes en el momento de su realización.

Así, el fallo de la Corte Constitucional no afecta la injurada rendida por Francisco Antonio Cañón González, diligencia que conserva su validez al haber sido practicada de conformidad con lo dispuesto por la ley que regía en ese tiempo, que autorizaba al instructor para designar a una persona de incuestionada honorabilidad y por fuera del servicio público, que lo asistiera como defensor en la indagatoria cuando no hubiere abogado, como se aprecia que sucedió en este caso, donde Cañón González puso de presente que no tenía a quien nombrar y el Fiscal no consiguió en ese momento un profesional en ciencias jurídicas e hizo constar que acudía a la designación de quien no es abogado, "debido a la imposibilidad para lograr la asistencia de un titulado" (fl. 17 cd. inicial).

Es de observar que en la sentencia de esta corporación de fecha mayo 9 de 1995, proferida en casación 8937, Ms. Ps. doctores Carlos Eduardo Mejía Escobar y Guillermo Duque Ruiz, en la cual señala el Procurador Delegado que se fundamenta para solicitar la casación parcial oficiosa que se estudia, la Sala previó expresamente, "mientras no se diere decisión de carácter general y obligatorio en torno a la norma que excepciona la defensa técnica desde la indagatoria (C. P. P., art. 148, inc. 1°)":

"Sin embargo habrá de entenderse que cada caso particular ha de ser analizado y valorado por los funcionarios de instancia conforme a su singularidad, principalmente aquellos en que de entrada aparezcan derechos, deberes o valores de igual raigambre constitucional enfrentados, pues que en esos eventos debe buscarse la medida que garantizando el derecho a la asistencia letrada durante el sumario no sacrifique o supedite al mismo tiempo el derecho a la libertad, el de acceso a la administración de justicia o el deber de impartirla oportuna y eficazmente.

...

Esta clase de excepciones, y otras que eventualmente puedan suceder-se en casos concretos y en lugares donde resulta imposible el cumplimiento pleno y cabal del mandato constitucional por razones como la anotada, no suponen el desconocimiento del querer del constituyente si se mira que lo que acá se pretende no es excluir de defensa técnica, durante el sumario, a los procesados, sino encontrar una fórmula intermedia y conciliadora entre la disposición del artículo 29 de la Carta y la obligación del funcionario en

cuanto deba atender al cumplimiento de otros principios y valores de indiscutible rango también constitucional."

Es lo que sucedió en el caso bajo análisis, cuando más de dos años antes del proferimiento de la citada sentencia C-049 de la Corte Constitucional, el Fiscal, obligado por las normas rectoras del debido proceso a resolver la situación jurídica, lo cual justamente efectuó para los tres implicados un día después (junio 29/93, fs. 60 y ss. cd. inicial), tenía que escuchar en indagatoria al tercer aprehendido, a quien otro de los indagados (Lara González) había expresamente señalado como causante de la muerte de la señora Anatilde Torres de Parra.

Apremiado por las circunstancias, no esperó a que fuera conducido a su despacho, sino que el Fiscal concurrió, asistido de su Técnico Judicial, a la Cárcel del Circuito de Chiquinquirá y allí vinculó a Francisco Antonio Cañón González mediante la legal recepción de su indagatoria (junio 28/93, fs. 47 y ss. ib.), sólo que frente "a la imposibilidad para lograr la asistencia de un titulado", muy entendible situación que expresamente hizo constar, le asignó la defensa a un ciudadano honorable, lo cual mal puede achacársele como irregularidad al ser efectuado en cabal observancia de los preceptos entonces vigentes, que de manera explícita lo permitían (arts. 148, inciso 1° C. de P. P. y 34 D. 196/71).

Adicionalmente, marcando esas singularidades que previó la Sala en la providencia del 9 de mayo de 1995 antes citada, y a diferencia de la realidad específica que ha dado fundamento a decisiones que en distinto sentido esta corporación ha tomado, cabe reiterar, en otras palabras y como respuesta a la inquietud del señor representante del Ministerio Público, que ningún quebrantamiento al derecho de defensa se observa en esta oportunidad, ni en el modo excepcionalmente válido de ser allegada la indagatoria, ni en el resto de la instrucción, ni en ningún otro momento procesal.

Cabe agregar y destacar, por lo demás, que Francisco Antonio Cañón González fue escuchado el 21 de julio de 1993 en ampliación de injurada, en cuyo inicio expresamente designó como su defensor a un abogado titulado, diligencia en la cual, por lo demás, también se observaron los debidos requisitos legales correspondientes, y, específicamente, los atinentes a la preservación de sus garantías procesales.

En tal ampliación tuvo pronta oportunidad de efectuar las aclaraciones, adiciones y planteamientos que consideró pertinentes, apreciándose a continuación la dinámica gestión desarrollada por dicho defensor, quien asumió cuando tenía posibilidad de cuestionar la primigenia vinculación y la medida de aseguramiento, solicitando nulidad, revocatoria, control de legalidad, etc., como también podía acudir a algún mecanismo procesal que le otorgara beneficios a su defendido; solicitó y obtuvo copias de la actuación en sus diversos momentos, pidió y participó en la práctica de

pruebas en la etapa de instrucción y en el juicio, alegó de conclusión al cierre de investigación, se notificó personalmente de la resolución de acusación e intervino durante el debate público, y así mismo apeló el fallo de primera instancia y sustentó el recurso de casación mediante la demanda que más adelante es analizada.

Ante la validez de la vinculación del procesado, según se ha referido, y no habiéndose producido menoscabo "a sus facultades de defensa técnica en la etapa del sumario", como expresamente reconoce el señor Procurador Tercero Delegado en lo Penal (fl. 36 cd. Corte), la nulidad invocada carece de sustento.

ANÁLISIS DE LA DEMANDA DE CASACIÓN

Habiéndose acogido a la causal primera de casación, es ostensible el error en que *ab initio* incurre el impugnante, en cuanto pregona "violación directa de la ley sustancial", que como bien se sabe implica aceptar los hechos y la apreciación probatoria tal como se efectúa en la sentencia, debiendo en tal caso dirigir el cuestionamiento en puro derecho sobre la indebida selección, aplicación o interpretación de las normas, sin que en la demostración de tales yerros pueda tener incidencia alguna la valoración de las pruebas. Por el contrario, el censor le agrega al enunciado de violación directa, "por apreciación errónea de algunas pruebas las cuales acreditan la inocencia del señor Francisco Antonio Cañón González", con lo cual pone en evidencia su falla técnica.

Adicionalmente a lo anterior, que pudiera redimirse como un hipotético error de escritura, la falta de precisión del libelista aumenta cuando, según señaló el Procurador Delegado frente a los distintos cargos, no es puntual en la cita de las normas sustanciales que estima infringidas, ni en la forma como se habría producido el quebrantamiento, ni en la incidencia cierta que los presuntos yerros arrojarían en el sentido del fallo.

Sin perjuicio de estas observaciones previas y para una cabal sustentación de la respuesta a la demanda en sus aspectos relevantes, a continuación efectúa la Sala algunas consideraciones sobre cada uno de los cargos formulados:

Primer Cargo: Plantea el recurrente que el juzgador incurrió "en error de hecho por apreciación errónea", al analizar el concepto del médico, que si bien, en una primera parte, expresó que de acuerdo con la observación de los orificios que presentaba el cadáver de la señora Anatilde Torres de Parra, las heridas fueron causadas "por un solo tipo de arma", aclaró que, en algunas ocasiones, proyectiles de diferente arma y calibre dejan orificios muy similares, difíciles de distinguir a simple vista. Según el recurrente, sólo se tomó esta segunda parte para deducir que su representado agredió a la víctima con dos disparos más, cuando el mismo perito está

diciendo que las heridas fueron causadas por la misma arma, esto es, en conclusión del defensor, la accionada por Luis Guillermo Lara Cortés.

Frente a este planteamiento, observa la Corte que valorando los medios de comprobación en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el Tribunal apreció el dictamen en aquella parte que la defensa toma como argumento para aseverar que fue una única arma y un sólo agresor, pero concluyó, por el contrario, que el concepto médico no tiene la virtualidad de establecer esa aseveración, ya que señaló que proyectiles disparados por diferentes clases de arma, pueden dejar igual apariencia al romper la piel.

Además, es claro que el dictamen no tiene prevalencia legal como medio de comprobación sobre otros, que aún así apoyan la deducción del *ad quem*, en cuanto la víctima recibió tres impactos causados por proyectil de arma de fuego, dos de los cuales fueron hechos desde plano y ubicación distinta con referencia al otro disparo. La diligencia de inspección judicial y el examen externo efectuados sobre el cadáver, señalan dos orificios de entrada localizados a la izquierda y el tercero a la derecha, hallazgos compatibles con la prueba testimonial que ubica a Lara Cortés disparando una sola vez su arma de frente al lado derecho, y a Cañón González desde el costado izquierdo, propinando dos disparos más, circunstancias que coinciden con la prueba técnica analizada.

A este análisis se opone el recurrente, sin demostrar error alguno y alejándose de la ampliación del dictamen, pretendiendo dar por demostrada la existencia de vainillas; por el contrario, el Inspector Municipal de Pauna informó a la Fiscalía que el día en que se realizó el levantamiento del cadáver de Anatilde, no se hallaron los elementos en cuestión (f. 198).

El cargo no prospera.

Segundo Cargo: Manifiesta el recurrente que el Tribunal ha debido otorgar credibilidad al relato suministrado por Fidelia León González, dado que se trata de una menor de edad, sin interés en el resultado del proceso, quien ni siquiera conocía a su representado, de manera que lo por ella percibido revela la real ocurrencia de los hechos.

No son aquellos aspectos suficientes para reclamar la aceptación del relato efectuado por la declarante, ni su escueta mención demuestra yerro subsanable en el recurso extraordinario. El Tribunal de acuerdo con las reglas de la sana crítica, examinó el testimonio, que no aceptó tuviera la calidad de prueba cierta de lo acontecido, en razón a que otras pruebas permiten concluir que Fidelia León González hizo una narración sesgada de lo acontecido, tratando de favorecer a Francisco Antonio Cañón González, a quien no señaló como agresor de la víctima. Esto dijo el *ad quem:*

"Es cierto que la menor, de doce años, Fidelia León González (fls. 96 y 106) sólo ha referido la autoría en uno de los procesados, esto es, en Luis

Guillermo Lara Cortés, por sus características. Pero esta declaración solo reconstruye, por decirlo de alguna manera, la primera parte del episodio y guarda sospechosamente silencio sobre la segunda parte en la que participa Francisco Antonio Cañón González, obviamente con el propósito de no perjudicarlo, dicho de otra manera, con la intención manifiesta de favorecerlo. Esta declaración está contradicha por todas las circunstancias antes analizadas, por lo que la Sala le quita credibilidad." (f. 66 cd. segunda instancia).

Contra lo anterior el demandante no demuestra error alguno, sino que pretende en vano sacar adelante su tesis defensiva, sin advertir la imposibilidad que tiene para censurar el grado de convicción declarado por los juzgadores sobre las pruebas.

En la tarea de valorar la prueba, resulta inadmisible acoger como único criterio de evaluación del testimonio la ausencia de motivos para faltar a la verdad, la edad o el conocimiento que se pueda tener de los protagonistas, dejando de lado otros factores, como los que surgen de la correlación del dicho con otros medios de comprobación. Esto fue lo realizado en este caso por los juzgadores de instancia en relación con el testimonio de Fidelia León González, que como quedó visto no fue acogido en cuanto tiende a favorecer a Cañón González, marginándolo de la agresión que sufrió la señora Anatilde, en oposición a otras pruebas que denotan su participación.

De este modo, el cargo tampoco prospera.

Tercer Cargo: Sostiene el demandante que el Tribunal no valoró el testimonio que en audiencia pública rindió Luis Eugenio Buitrago Díaz, supuestamente porque no firmó el acta correspondiente.

Esta irregularidad (no firmar el acta de la audiencia en donde se allegó la declaración) carece de trascendencia en orden a demeritar la legalidad de una prueba recibida, como lo fue, de conformidad con las reglas para su aducción y contradicción, fases en que intervinieron el juez y los sujetos procesales, quienes dieron su asentimiento al contenido del acta, suscribiéndola todos ellos sin reparo alguno.

El presunto error de hecho por falso juicio de existencia quedó además en un simple enunciado, sin ninguna demostración, pues como bien recuerda el Ministerio Público los juzgadores de instancia sí valoraron la prueba, desestimando su credibilidad en cuanto coincidía con la incompleta versión de la menor Fidelia León González, a más que el testigo, si bien suministró algunas características físicas que coinciden con las de Luis Guillermo Lara Cortés, señalando que sólo éste disparó, "se cuidó en reconocerlo a pesar de ser amigos de considerable tiempo" (f. 838), apreciación que se consignó en la sentencia de primer grado, que conforma unidad inescindible con el fallo del Tribunal, al haber sido confirmada.

De acuerdo con lo anterior, este cargo también debe ser desestimado.

Cuarto Cargo: Plantea el recurrente que la sentencia no tuvo en cuenta "una serie de indicios" que valorados en conjunto, demuestran que el procesado Cañón González no participó a ningún título en el homicidio por el cual se le condenó.

Los "indicios" están constituidos, según el recurrente, por aquella parte de los testimonios de Juan Francisco Peláez Ramírez, Comandante de la Sub-Estación de Policía de Pauna, el agente Diego Matamoros López, el médico y la enfermera del Centro de Salud Gerson Amílkar Páez Flórez y Esperanza Cañón, y la denuncia formulada por José de Jesús Parra Torres, que en su opinión no señalan a su representado interviniendo en la agresión contra Anatilde Torres de Parra, insistiendo en que algunos insinúan que Lara Cortés es el único autor del homicidio.

Si realmente se tratara de indicios, el ataque en casación debió partir del señalamiento claro de si la inconformidad radica en la prueba del hecho indicador, o en la inferencia lógica, pues según sea uno u otro aspecto las reglas a seguir son diferentes.

En la construcción de un indicio se necesita que el hecho indicador esté probado, lo cual significa que el reproche puede consistir en haber supuesto pruebas para acreditarlo, en haber omitido considerar las que lo desvirtúan, en tergiversar los elementos de juicio para declararlo probado, en violar las reglas de la sana crítica al darles valor, o en tener en cuenta pruebas ilegalmente aducidas, todo lo cual frente a este primer elemento del indicio (el hecho indicador), permite que el cargo se pueda presentar por error de hecho o de derecho, según sea el caso.

Cuando el reparo se dirige únicamente a rebatir la inferencia lógica, se debe invocar el falso juicio de identidad, por ocurrir una tergiversación al inferir de los hechos probados consecuencias que éstos no generan.

En este caso, el recurrente no acierta a separar los elementos del indicio, encontrando la Corte que simplemente tomó como "indicio" porciones de los testimonios antes referidos, queriendo en su particular visión hallar apoyo para figurar la inocencia de su asistido, descuidando que tales testimonios provienen de personas que no presenciaron la agresión contra la señora Torres de Parra, ni hicieron señalamiento a partir del cual se pueda concluir que fue una sola persona la que disparó, pruebas testimoniales que a la hora del fallo poco contribuyeron en la formación del convencimiento del juzgador, que hubo de recurrir a otras pruebas para llegar al conocimiento de la verdad.

No demostrado yerro alguno del fallador, el cargo será desestimado.

Quinto Cargo: Manifiesta el defensor que en relación con el testimonio de Querubín Parra Torres, el Tribunal se limitó a darle plena credibilidad, desconociendo el directo interés del hijo de la víctima, quien además, en su parecer, incurre en contradicciones que no hacen creíble su dicho.

Lo anterior no pasa de constituir la natural apreciación defensiva, pero sin fundamento alguno, por lo cual tampoco puede prosperar este último cargo, en tanto que en el análisis conjunto de las pruebas el juzgador concluyó razonablemente que el procesado Francisco Antonio Cañón González sí disparó en dos oportunidades sobre la víctima.

Esta realidad la dedujo no sólo de las expresiones de Querubín, ubicado en frente del centro de salud y con plena visibilidad sobre lo que sucedía, sino de su coincidencia con el número de proyectiles disparados, la ubicación y dirección de éstos determinada en la prueba técnica, la presencia de ambos incriminados, provistos de sendas armas de fuego, en el lugar y momento del crimen, el motivo que en su evidente desprecio hacia el derecho a la vida a ambos concernía frente al justo reclamo de la madre del inicialmente lesionado, al igual que la recíproca imputación intercambiada por los acusados, que cada uno pretendió eludir achacando al otro la exclusiva responsabilidad de lo que juntos habían hecho.

Las deducciones provenientes del sano juicio valorativo de las pruebas, efectuado en conjunto, llevaron a los administradores de justicia a la certeza para condenar, conclusión que el censor no comparte, en postura entendible por el interés que representa en el proceso quien, para sacarlo avante, pretende por vía de casación que la Corte estime más acertado su criterio, aspiración que no es de recibo en este extraordinario recurso, que como tantas veces lo ha reiterado la jurisprudencia, no se trata de una tercera instancia, sino de una oportunidad ulterior de impugnación, restringida a la verificación de la juridicidad del fallo, que de suyo arriba precedido de la doble presunción de acierto y legalidad, en nada desvirtuada por el impugnante.

Al no encontrar sustento ninguno de los reparos aducidos en la demanda, ni la nulidad planteada por el señor representante del Ministerio Público, lo que procede es no casar la sentencia.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

NO CASAR la sentencia impugnada.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando E. Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SUBROGADO PENAL/ COMPETENCIA

El procesado confusamente solicita "se me conceda la extensión del beneficio del subrogado penal, para cumplir el resto (6 meses) del período legal de prueba de que trata el art. 68 del C.P., mediante presentaciones ante el Consulado de Colombia en Miami" desconociendo con ello no sólo que, no cobrando ejecutoria la sentencia proferida en su contra por haberse interpuesto precisamente el recurso de casación, su condición no es la de un condenado sino la de una persona aún sub judice *y por tanto las disposiciones en aquélla contenidas, incluido obviamente el subrogado penal no son todavía ejecutables quedando claro en consecuencia que el período de prueba comienza a contabilizarse una vez el fallo quede en firme, sino además que la Sala carece de competencia para atender en el trámite de la impugnación extraordinaria, excepción hecha de las solicitudes de libertad formuladas con fundamento en el numeral 2° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, peticiones o incidentes ajenos a ella, mucho más cuando, como en este caso, el procesado efectúa su petición respecto de una de las decisiones adoptada en la sentencia recurrida, todo lo cual conduce a que la Corte se abstenga de decidir sobre aquélla.*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá D.C., veintidós (22) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Augusto Gálvez Argote*

Proceso No. 14637

Aprobado: Acta No. 157.

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la solicitud que, de "extensión del beneficio del subrogado penal", formula el procesado Arturo Varón Giraldo.

ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

1. Por virtud de hechos calificados como delito de estafa se adelantó proceso en contra del señor Arturo Varón Giraldo afectándosele con resolución de acusación de junio 11 de 1996 en la que además se le sustituyó

la medida de aseguramiento de caución que en principio se le había impuesto por la de detención preventiva, haciéndose ésta efectiva en junio 11 de 1997 para luego ser suspendida con providencia del día 17 del mismo mes y año a consecuencia de lo cual Varón Giraldo recuperó su libertad.

2. Surtida la etapa del juicio el acusado fue condenado en primera instancia, entre otras, a la pena principal de 16 meses de prisión y multa de diez mil pesos, siendo beneficiado con el subrogado penal previsto en el artículo 68 del C.P., mediante sentencia de septiembre 30 de 1997 la cual fue confirmada por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá según providencia fechada en febrero 9 del año en curso y en cuya contra fue interpuesto el recurso extraordinario de casación que actualmente se surte en la Sala.

3. En tales circunstancias el procesado confusamente solicita "se me conceda la extensión del beneficio del subrogado penal, para cumplir el resto (6 meses) del período legal de prueba de que trata el art. 68 del C.P., mediante presentaciones ante el Consulado de Colombia en Miami" desconociendo con ello no solo que, no cobrando ejecutoria la sentencia proferida en su contra por haberse interpuesto precisamente el recurso de casación, su condición no es la de un condenado sino la de una persona aún *sub judice* y por tanto las disposiciones en aquella contenidas, incluido obviamente el subrogado penal no son todavía ejecutables quedando claro en consecuencia que el período de prueba comienza a contabilizarse una vez el fallo quede en firme, sino además que la Sala carece de competencia para atender en el trámite de la impugnación extraordinaria, excepción hecha de las solicitudes de libertad formuladas con fundamento en el numeral 2° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, peticiones o incidentes ajenos a ella, mucho más cuando, como en este caso, el procesado efectúa su petición respecto de una de las decisiones adoptada en la sentencia recurrida, todo lo cual conduce a que la Corte se abstenga de decidir sobre aquélla.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

ABSTENERSE de emitir pronunciamiento sobre la solicitud formulada por el procesado Arturo Varón Giraldo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDAGATORIA/ JURAMENTO

Aunque la indagatoria es en principio un medio de defensa a través del cual la persona vinculada al proceso penal tiene la oportunidad de explicar unos hechos que se le atribuyen, obra igualmente como medio de prueba en cuanto contribuye a aclarar y a reconstruir lo sucedido. En tal orden de ideas resulta absurdo señalar que cuando el imputado relata un acontecer y en su exposición declara en contra de otro o de otros, la circunstancia de no ser juramentado para volverlo a interrogar sobre el particular impide la valoración de su indagatoria y la circunstancia eventual de utilizarla como medio de convicción para edificar desde el punto de vista probatorio una determinación judicial.

Cierto que el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal prescribe como regla general en la realización de la indagatoria la prohibición de juramentar al imputado y como excepción la de hacerlo cuando éste "declarare contra otro". En presencia de esta hipótesis, sin embargo, la no imposición del juramento en manera alguna traduce un vicio de la indagatoria y menos impide la apreciación de su contenido total y en particular de las declaraciones contra otros que allí se hagan.

El sentido del juramento en el curso de la indagatoria, en cuanto su imposición se exige del hecho de declarar en contra de otro, tiene que ver con la responsabilidad personal de quien hace la incriminación, con la no impunidad total de sus aseveraciones, la cual sólo lo protege hasta el momento en que las explicaciones que realice en su defensa no signifiquen la atribución de un hecho delictivo a otra persona, caso en el cual el juramento tiene por objeto convertirlo en testigo respecto de esa afirmación y en consecuencia en eventual autor de falso testimonio en el caso de no resultar cierta su incriminación.

No obstante, reitera la Sala, la omisión del juramento en la hipótesis examinada en ninguna forma hace nugatoria la posibilidad del examen integral de la indagatoria como medio de prueba y obviamente la de ser tomada como fundamento de cualquier determinación den-

tro del proceso penal, incluidas naturalmente la acusación y la sentencia. Lo único que propicia tal tipo de irregularidad, ya se dijo, es la imposibilidad de derivar responsabilidad penal en contra de quien incrimine falsamente a otro en el marco de dicha diligencia de vinculación procesal.

La dinámica misma de exposición de las personas involucradas en un accidente de tránsito, al tiempo que afirman generalmente la realización de un comportamiento propio debido, entrañan el señalamiento expreso o tácito de la conducta del otro como causa determinante del resultado, lo cual no puede traducir que en tales casos haya que juramentar a los implicados pues con tal lógica, en la medida que resulta imposible separar la imputación de la conducta culposa al otro, de la explicación misma del propio comportamiento, se terminaría en tales casos atentando contra la naturaleza jurídica primordial que la diligencia de indagatoria posee en el derecho procesal penal colombiano, cual es la de ser un medio de defensa del procesado cuya práctica no debe estar sometida a ningún tipo de presión, incluida por supuesto la imposición del juramento.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santafé de Bogotá D.C., octubre veintidós (22) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*

Proceso No. 10934

Aprobado Acta No. 157

VISTOS

Resolver el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Luis Alberto Angel Gómez, contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales de mayo 8 de 1995, confirmatoria de la del Juzgado 1° Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual condenó al mencionado a 26 meses de prisión, multa de $1.000.00, suspensión por un año en el ejercicio de la profesión de conductor, a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión y al pago de los daños y perjuicios ocasionados con los delitos, al hallarlo responsable de los cargos homicidio y lesiones personales en su modalidad culposa.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

Hacia las 2:30 p.m. del domingo 11 de octubre de 1992, en el sitio conocido como Los Cámbulos de Manizales, el bus de la empresa Unitrans identificado con las placas SA 9588 y conducido por Luis Alberto Angel Gómez, se salió un poco de la carretera para detenerse. De manera repen-

tina, giró bruscamente para hacer la "U", originando que el conductor del Renault 4 de placas AF 1540, Alirio Morales Marulanda, perdiera el control del automotor al pasar por su lado y atropellara a la señora María Quintero de Ramírez y a los menores Cristian Camilo y John Eduardo Cardona Ramírez. La primera falleció a consecuencia del impacto y los otros resultaron lesionados, con incapacidad médico legal definitiva de 30 y 5 días, sin secuelas, respectivamente.

Los conductores fueron vinculados al proceso a través de indagatoria. La calificación sumarial tuvo lugar el 29 de octubre de 1993. En favor de Alirio Morales Marulanda se precluyó la investigación y Luis Alberto Angel Gómez fue acusado por los cargos de homicidio y lesiones personales en su modalidad culposa. Esta decisión adquirió ejecutoria el 9 de noviembre siguiente (fol. 264).

La fase del juicio le correspondió tramitarla al Juzgado 1º penal del Circuito de Manizales, el cual, mediante sentencia del 14 de diciembre de 1994 (aclarada mediante providencia del 11 de enero de 1995 debido a un error aritmético), decidió condenar al inculpado Angel Gómez por los delitos de la acusación, en la forma consignada en los Vistos. Y el Tribunal Superior de la misma ciudad, mediante la providencia que es materia del recurso de casación, confirmó el fallo en su integridad.

La Demanda

Al amparo de la causal tercera, ataca el censor la sentencia de segunda instancia, invocando como causales de nulidad la probada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y la violación del derecho de defensa.

Fundamentó lo anterior en que mediante resolución interlocutoria del 29 de octubre de 1993, la Fiscalía 11 de la Unidad Especializada de Manizales calificó el mérito del sumario sin evaluar las pruebas recaudadas, resumiendo en menos de una página el alegato del defensor y en las consideraciones se limitó a exponer una serie de asertos dirigidos de manera exclusiva a apoyar la versión del señor Morales Marulanda -a quien inicialmente se le vinculó en este caso- descartando de forma ligera la versión de su defendido Luis Alberto Angel Gómez.

Agregó que la indagatoria rendida por el señor Alirio Morales Marulanda se erigió en la única prueba de responsabilidad aducida para proferir resolución de acusación contra el aquí condenado, no obstante las diversas y múltiples pruebas obrantes en el proceso y sin que en momento alguno fuera apremiado con juramento.

Por tales motivos considera que la Fiscalía incurrió en ostensible inobservancia de los requisitos que la ley prevé para proferir resolución acusatoria, por lo cual dicha providencia se torna nula. En consecuencia,

no fueron debidamente observados los numerales 2º y 4º del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal.

Además, en la citada providencia no se hizo mención de *un medio probatorio idóneo para comprometer la responsabilidad del imputado*, otorgándosele total credibilidad a la versión de Alirio Morales Marulanda la que, ante la ausencia del juramento para ratificarse de los cargos, no se puede considerar como "testimonio" en contra de su defendido y, como ninguna otra prueba fue analizada siquiera tangencialmente, se vulneró el contenido del artículo 441 del estatuto procesal penal que establece los mínimos requisitos de orden probatorio para el proferimiento de la resolución acusatoria, pues ni siquiera fueron deducidos indicios en contra de su cliente, por lo que se le desconoció su derecho a la defensa.

También estimó que se habían presentado similares irregularidades con respecto a la preclusión decretada en favor del señor Alirio Morales Marulanda, pues de acuerdo al contenido de los artículos 36 y 443 del Código de Procedimiento Penal tal decisión supone que *aparezca plenamente comprobado* uno cualquiera de los motivos plasmados en la primera de las normas citadas y en este caso no puede hablarse de plena prueba, pues ni siquiera se evaluaron las que obran en el proceso y ni los alegatos de los sujetos procesales merecieron la más mínima atención.

En vista de que la absoluta carencia de fundamentos probatorios de la resolución calificatoria impedía una adecuada defensa, solicitó la declaratoria de la nulidad por este mismo motivo momentos antes de iniciarse la audiencia pública, la cual el juzgado defirió para el momento de dictarse la sentencia, aduciendo la preclusión del término previsto en el artículo 446 del C. de P.P., sin considerar la posibilidad de declararla oficiosamente.

Si bien el *ad quem* reconoció la precariedad de la resolución acusatoria por fundarse exclusivamente en la versión sin juramento del procesado Morales Marulanda y por haberse omitido por completo la consideración de las pruebas obrantes en el proceso y censuró abiertamente la preclusión dictada en favor del mismo, interpretó de manera errónea el alcance de la sentencia de tutela T-547 proferida el 26 de noviembre de 1993, al sostener que en la actualidad "no es necesario el juramento como requisito para apreciar los medios de prueba en los que la ley lo exige", cuando lo que plantea la Corte Constitucional es que en la actualidad el juramento no está sujeto a especiales formalismos, bastando la manifestación de un compromiso serio de decir la verdad. Lo que es distinto a decir que no se exige el juramento para apreciar un medio de prueba en relación con el cual la ley lo impone, que fue lo sostenido por el *ad quem*.

Aduce, más adelante, que al faltar uno de los elementos esenciales de la acusación, como es la motivación probatoria del cargo, es evidente la imposibilidad de continuar con el trámite procesal, pues un cargo así formulado no puede resultar congruente con ninguna sentencia. Que no se

trata de un argumento propio de la causal segunda de casación, porque el mismo se refiere a un vicio procesal existente a partir de la resolución calificatoria que no es subsanable mediante el proferimiento de sentencia en un determinado sentido.

En síntesis, como en el presente caso la etapa del juicio se adelantó con base en una resolución de acusación sin fundamentos probatorios y por lo tanto puede decirse que no se formularon cargos jurídicamente, se configura la causal de nulidad prevista en el artículo 304 numeral 2° del C. de P.P.

Y, como se trataba de unos cargos carentes de motivación, el señor Angel Gómez no pudo defenderse de manera eficaz, pues no pudieron confrontarse cabalmente las conductas de los conductores involucrados en los hechos por las inmotivadas y arbitrarias decisiones adoptadas en la resolución acusatoria.

Concepto del Procurador Tercero Delegado en lo Penal

Señaló que pese a algunas deficiencias técnicas de la demanda, claramente se advierte que la pretensión del censor está orientada a buscar el rompimiento del fallo mediante la declaratoria de nulidad por considerar que la resolución calificatoria contraría el debido proceso ante la falta de motivación, la indebida evaluación que en ella se hizo de una prueba que no tiene el carácter de testimonial y el consiguiente desconocimiento de las demás pruebas allegadas a la investigación. De allí deduce una falta de defensa ante la imposibilidad de ejercerla frente a cargos imprecisos.

En vista de lo anterior, consideró necesario referirse inicialmente a la indagatoria rendida por Alirio Morales Marulanda, pues la falta de motivación que se atribuye a la resolución calificatoria exige el análisis de las pruebas que le sirven de fundamento.

Así entonces, sobre "La procedencia del juramento en la indagatoria" señaló que el artículo 357 del C. de P.P., autoriza la recepción del juramento al indagado cuando "declarare contra otro", lo que no puede entenderse como mandato para juramentarlos siempre que se mencione a terceras personas. Que es un instrumento de control de las afirmaciones incriminatorias que haga el indagado a fin de garantizar su seriedad, brindarles firmeza y constituir un factor incidente en la labor de crítica probatoria que deberá cumplir el funcionario judicial. La toma del juramento no es obligatoria ni es requisito de validez de la prueba aún en los casos en que se hagan algunas declaraciones contra un tercero. Mayor es la improcedencia de esta formalidad, cuando sus declaraciones no se han hecho contra un tercero involucrado en los hechos, sino que se limitan a la expresión de hechos y circunstancias relativas a los mismos que, por fuerza, relacionan a otro con ellos.

Explica entonces, que la procedencia del juramento debe examinarse según el contenido de la diligencia y las condiciones de la actuación.

Se ocupó luego del "contenido de la indagatoria" diligencia en la cual, según el Procurador, el imputado puede atribuir directa o indirectamente a un tercero, vinculado o no a la actuación, conductas que comprometan su responsabilidad, mediante declaraciones que pueden revestir diversas formas: desde simples insinuaciones hasta abiertas acusaciones. Una de tales posibilidades se presenta cuando el incriminado relata los hechos y circunstancias aceptando su intervención en ellos o estar relacionado con los mismos, de tal manera que la mención del tercero obedece a las necesidades de la exposición de acuerdo a su percepción, sin fin distinto que el de informar a la judicatura acerca de lo que es materia de averiguación. En su opinión, en este caso no se presenta una declaración contra otro, pues no implica la oposición de las explicaciones del indagado con las de quien así resulta relacionado con los hechos, ni configura atribución de responsabilidad específica.

Resalta entonces lo manifestado por Alirio Morales Marulanda en su indagatoria, lo que a juicio de la Delegada no constituye acusación en contra del hasta ese entonces testigo y luego sindicado, porque hace manifestaciones acordes a la percepción que tuvo de los hechos sin atribuir responsabilidad del resultado punible al conductor del bus, ni fundar su defensa en la actitud asumida por éste de quien simplemente relata su comportamiento.

Ya frente a lo que denominó "La ausencia de juramento en la indagatoria y la legalidad de la prueba", luego de ilustrar sobre las diferentes posturas teóricas acerca de carácter de la diligencia de indagatoria, señala que dicho mecanismo, para esa Delegada, es un medio de prueba, que pese a no estar enlistado en el artículo 248 del Código de Procedimiento Penal, tiene una concreta regulación para su práctica y legalmente establecidas las condiciones para su incorporación al proceso y valoración al momento de tomar las decisiones. Por lo tanto, es válidamente aceptable en la motivación de las providencias judiciales y suficiente para fincar decisiones adversas al procesado.

El juramento al imputado está prohibido en la indagatoria, pero no es requisito esencial de ella, sólo una formalidad ante la eventualidad de su desarrollo. Por ella no se determina la legalidad de la diligencia, ni el cumplimiento de requisitos del debido proceso. Su omisión, entonces, impide el nacimiento del testimonio al indagado como este específico medio de prueba legalmente incorporada a la actuación.

Continúa su análisis con lo que tituló FALTA DE MOTIVACION DE LA PROVIDENCIA CALIFICATORIA, aspecto que, en este caso, debe abordarse desde el contenido mismo de la decisión, con la incorporación de la indagatoria de Alirio Morales Marulanda.

Señaló entonces que la providencia calificatoria que se censura si bien no es paradigma de lo que debe ser una resolución judicial, sí contiene los elementos necesarios y suficientes para que los sujetos procesales conozcan los cargos formulados y las razones en que su fundamenta la acusación y la preclusión de investigación allí decretadas.

Luego de señalar la forma como se fue construyendo la providencia calificatoria, indicó que de allí se podía concluir sin lugar a dudas que las pruebas mencionadas en la providencia corroboran las deducciones del instructor y tal vez por ello omitió entrar en consideraciones particulares acerca del contenido de cada una de las pruebas que citó el fiscal y en el análisis exhaustivo de ellas, sin que por ello se pueda aseverar que la decisión carece de motivación pues ella se fue suministrando a partir de la depuración de las circunstancias que rodearon los hechos para determinar los que se relacionan con la imputación penal respectiva.

A juicio del Procurador, la providencia calificatoria brindó razones explícitas y entendibles para la acusación formulada a Angel Gómez a quien se le imputó el hecho de haber atravesado su vehículo en la vía impidiendo el paso del Renault 4 conducido por el otro sindicado, así como su presunta responsabilidad a título de culpa al infringir el deber de cuidado al realizar un viraje permitido, pero sin observar los límites de una conducta prudente y juiciosa. En consecuencia, agrega, no se puede reputar falta de motivación, como quiera que ella remite a las razones por las cuales considera al implicado como presunto responsable del delito investigado.

En cuanto a la preclusión de la investigación decretada a favor de Morales Marulanda señaló que también contiene una motivación, aunque un poca más somera que la anterior pero que resulta válida para el cumplimiento de las reglas del debido proceso.

Pero ello encuentra su explicación en que al haber concluido el fiscal investigador que la responsabilidad por el hecho punible la atribuía a Angel Gómez, la exención de responsabilidad a favor del otro imputado se basó en el caso fortuito declarado ante la sorpresiva invasión que de la calzada por la que se desplazaba hizo el bus conducido por el otro implicado.

Además recordó que el fiscal instructor había remitido a las razones expuestas en la resolución de situación jurídica de los indagados, en la que se hicieron algunas otras consideraciones, se desataron los recursos interpuestos contra ellas y explican la concisión de la providencia calificatoria sobre el punto.

En lo que sí encontró razón a la protesta del censor, fue respecto del tratamiento dado a los alegatos de la defensa, pero que de allí no se derivan consecuencias que puedan situarse en el campo de las nulidades.

Ello responde es a la ignorancia de los funcionarios judiciales del deber que les imponen las normas procesales de expresar 'las razones por las cuales comparte o no los alegatos de las partes'.

En el caso específico, si bien el funcionario no se refirió a todos y cada uno de los puntos propuestos por el defensor, sí contestó algunos de sus planteamientos en forma negativa a través de la precisión de los cargos de responsabilidad a título de culpa. El silencio sobre otros de los temas presentados a consideración del fiscal calificador, no trascendieron hacia la nulidad del proceso, por cuanto no restringió las posibilidades defensivas del impugnado, cuyo apoderado se abstuvo de interponer recurso alguno en contra de la decisión. Posteriormente debatió los mismos aspectos u otros que consideró importantes, habiendo recibido contestación a sus argumentos, los que fueron evaluados por el sentenciador.

Solicitó, en consecuencia, la desestimación de la demanda.

Consideraciones de la Sala

Ante todo debe precisar la Corte que el recurso extraordinario de casación procede exclusivamente en contra de la sentencia de segunda instancia y en tal sentido resulta impropio apelar al mismo, como lo hace el impugnante, para demandar la nulidad de una determinación de preclusión de la instrucción adoptada dentro del proceso, así la misma se haya proferido en el marco de la providencia acusatoria, respecto de la cual se predican las irregularidades sustanciales violatorias del debido proceso y del derecho de defensa.

La crítica esencial sobre la que el censor apoya su petición de nulidad a partir de la resolución acusatoria, radica en la inmotivación de la misma, en la carencia de fundamentos probatorios y como consecuencia en la violación del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal. Su parecer es, en conclusión, que a su representado no le fueron concretados los cargos, lo cual le impidió el ejercicio de su derecho de defensa.

No obstante lo precedente admite el casacionista que el "único soporte probatorio" de la resolución acusatoria fue la indagatoria del procesado Alirio Morales Marulanda, respecto del cual se precluyó la investigación. Este, en la medida que hizo cargos en contra de Luis Alberto Angel, debió haber sido juramentado para que su dicho pudiera tomarse como testimonio y ya que así no sucedió el medio probatorio es inválido, nulo de pleno derecho, piensa el recurrente.

Debe expresar la Sala, en primer lugar, que aunque la indagatoria es en principio un medio de defensa a través del cual la persona vinculada al proceso penal tiene la oportunidad de explicar unos hechos que se le atribuyen, obra igualmente como medio de prueba en cuanto contribuye a aclarar y a reconstruir lo sucedido. En tal orden de ideas resulta absurdo

señalar que cuando el imputado relata un acontecer y en su exposición declara en contra de otro o de otros, la circunstancia de no ser juramentado para volverlo a interrogar sobre el particular impide la valoración de su indagatoria y la circunstancia eventual de utilizarla como medio de convicción para edificar desde el punto de vista probatorio una determinación judicial.

Cierto que el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal prescribe como regla general en la realización de la indagatoria la prohibición de juramentar al imputado y como excepción la de hacerlo cuando éste "declarare contra otro". En presencia de esta hipótesis, sin embargo, la no imposición del juramento en manera alguna traduce un vicio de la indagatoria y menos impide la apreciación de su contenido total y en particular de las declaraciones contra otros que allí se hagan.

El sentido del juramento en el curso de la indagatoria, en cuanto su imposición se exige del hecho de declarar en contra de otro, tiene que ver con la responsabilidad personal de quien hace la incriminación, con la no impunidad total de sus aseveraciones, la cual sólo lo protege hasta el momento en que las explicaciones que realice en su defensa no signifiquen la atribución de un hecho delictivo a otra persona, caso en el cual el juramento tiene por objeto convertirlo en testigo respecto de esa afirmación y en consecuencia en eventual autor de falso testimonio en el caso de no resultar cierta su incriminación.

No obstante, reitera la Sala, la omisión del juramento en la hipótesis examinada en ninguna forma hace nugatoria la posibilidad del examen integral de la indagatoria como medio de prueba y obviamente la de ser tomada como fundamento de cualquier determinación dentro del proceso penal, incluidas naturalmente la acusación y la sentencia. Lo único que propicia tal tipo de irregularidad, ya se dijo, es la imposibilidad de derivar responsabilidad penal en contra de quien incrimine falsamente a otro en el marco de dicha diligencia de vinculación procesal.

No tiene razón el censor, en consecuencia, en cuanto a que se violó el debido proceso al no imponerle al procesado Alirio Morales Marulanda la gravedad del juramento "para ratificar los cargos" que a lo largo de la diligencia de indagatoria le hizo a su representado, buscando a partir de esa lógica particular demostrar la total falta de fundamentación probatoria de la resolución acusatoria, en cuanto a su parecer sólo se estructuró sobre dicha versión, dada sin apremio alguno y por lo tanto nula de pleno derecho.

Independientemente de lo precedente, en el examen del caso concreto, como lo plantea el Procurador Delegado, se concluye que no había lugar a tomarle juramento al procesado Morales Marulanda, en cuanto la mención que hizo del conductor del bus no constituyó "una declaración contra otro", sino sencillamente obedeció a las necesidades de exponer los he-

chos de acuerdo con su propia percepción. Era el conductor del vehículo con el cual fueron golpeadas las víctimas y en esa condición narró su vivencia. Señaló de dónde venía, hacia dónde se dirigía, que iba detrás del bus, que éste se salió un poco de la carretera y frenó, que intentó adelantarlo y al hacerlo el vehículo del servicio público hizo un viraje repentino hacia el lado izquierdo recibiendo un golpe su automotor en el lado derecho, la destrucción del parabrisas y por último, al girar para esquivarlo, ya sin control, la ocurrencia del resultado conocido. Es muy claro, por lo tanto, que Morales Marulanda se limitó a suministrar su versión de lo sucedido y ello no implicaba que estuviera "declarando contra otro", para dar paso al juramento como de manera insistente lo plantea el defensor. Para la Sala, al contrario, lo que hubiera resultado irregular era una actuación como la demandada por el censor, pues en las condiciones anotadas y dada la íntima relación del conductor del Renault con la causación del resultado, habría quedado expuesta su garantía constitucional de no-autoincriminación.

Conviene precisar, por último, que la dinámica misma de exposición de las personas involucradas en un accidente de tránsito, al tiempo que afirman generalmente la realización de un comportamiento propio debido, entrañan el señalamiento expreso o tácito de la conducta del otro como causa determinante del resultado, lo cual no puede traducir que en tales casos haya que juramentar a los implicados pues con tal lógica, en la medida que resulta imposible separar la imputación de la conducta culposa al otro, de la explicación misma del propio comportamiento, se terminaría en tales casos atentando contra la naturaleza jurídica primordial que la diligencia de indagatoria posee en el derecho procesal penal colombiano, cual es la de ser un medio de defensa del procesado cuya práctica no debe estar sometida a ningún tipo de presión, incluida por supuesto la imposición del juramento.

Tampoco le asiste razón al casacionista, de otro lado, en cuanto a que la resolución acusatoria careció de motivación probatoria, que por lo tanto no se le concretó ningún cargo a su defendido y por esa vía se le impidió el ejercicio adecuado del derecho de defensa. En dicha providencia el Fiscal instructor hizo referencia, en primer lugar, a las explicaciones que sobre el suceso suministraron los conductores implicados y le otorgó credibilidad al del Renault 4, apoyado en que "todos los testigos" fueron contestes en señalar que el bus viró hacia la izquierda, lo cual fue igualmente evidenciado por el croquis levantado inmediatamente después del accidente, ". en donde se puede observar que (...) se encontraba invadiendo gran parte del otro carril..." en el instante de los hechos. De ello derivó los cargos de homicidio y lesiones personales en su modalidad culposa en contra del procesado Luis Alberto Angel Gómez por violación del deber de cuidado, luego de las siguientes consideraciones:

"Las reglas de la experiencia indican generalidades de casos en los cuales se puede presentar un peligro y la forma adecuada de evitarlo, por

lo tanto en cada caso concreto se debe tomar el criterio de lo que en cada caso había hecho un hombre prudente y juicioso; en este caso como el mismo señor Luis Alfonso Angel Gómez afirma, pudo ver el carro Renault que se acercaba y sin embargo, empezó a realizar el giro, que como ya se ha dicho en ningún momento se le critica el mismo y está permitido por las autoridades de tránsito, pero él debió esperar hasta que el otro vehículo que venía muy cerca de él hubiera pasado para girar y no confiarse en la prudencia, que según él, debía observar el conductor del Renault 4; pues no basta el simple cumplimiento de la ley o norma o reglamento pues la medida del deber de cuidado se establece en concreto frente a las circunstancias del momento; pues en el caso *stib examine* el hecho de haber sacado un poco el carro de la vía, no para evitar una colisión, sino para obtener capacidad de voltear el bus, llevó al señor Morales a pensar que el otro se había parqueado, pero cuando iba llegando, el conductor del bus lo vuelve a poner en movimiento a pesar de que había observado que otro automotor se acercaba".

Cierto que la resolución acusatoria que se cuestiona no es una pieza digna de imitar. Pero una cosa es su pobreza y otra muy distinta asegurar que los cargos allí formulados no fueron claros y así admitir una irregularidad sustancial, consistente en que el procesado desconocía de qué exactamente se le acusaba y de qué en concreto debía defenderse durante la fase del juzgamiento. Quedó sumamente explícito en dicha providencia que la conducta culposa imputada al conductor del bus fue haber girado imprudentemente el automotor, en lugar de esperar que el Renault 4 guiado por Alirio Morales Marulanda pasara de largo por el sitio. Y aunque fue éste último el automotor que atropelló a las víctimas, fue la culpa atribuida a Angel Gómez la que se estimó como causa originadora del resultado.

Y el sustento probatorio de la conclusión, aunque precariamente expuesto por el instructor, fue la credibilidad que le mereció lo dicho en la indagatoria por Morales Marulanda, la afirmación de "todos los testigos" en cuanto a que el accidente se presentó ". cuando el conductor del bus trató de virar hacia la izquierda" y el croquis levantado por la autoridad de tránsito respectiva, en el cual se da cuenta de la posición en que quedaron los vehículos.

Se repite, entonces, que no obstante la pobreza de la acusación, los cargos que se le realizaron al procesado Luis Alberto Angel Gómez quedaron claramente definidos en la providencia calificatoria, siendo por lo tanto infundada la solicitud de nulidad elevada por el casacionista, que tampoco está llamada a prosperar por el incumplimiento de la formalidad prevista en el numeral 4° del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal.

Es verdad que en la resolución acusatoria, fuera de un breve resumen del alegato de conclusión del defensor, ninguna referencia hizo la Fiscalía acerca de sus argumentos, salvo los que de manera tácita surgen del he-

cho de haber decidido en sentido contrario a su propuesta. Esa circunstancia sin embargo, que merece la protesta del demandante y las críticas que al respecto formuló el Agente del Ministerio Público en su concepto, no afecta de nulidad el proceso, en cuanto para nada le limitó al procesado la garantía de defensa. Su apoderado, quien se notificó personalmente de la resolución acusatoria, contaba con la posibilidad de interponer los recursos de reposición y apelación en contra del proveído, en cuyo marco ha podido solicitar la respuesta cabal a sus puntos de vista, como también cuestionar los fundamentos de la medida persiguiendo su revocatoria. Pero no lo hizo, convalidando con su conducta la eventual irregularidad derivada del hecho de no habérsele ofrecido ninguna respuesta explícita a sus argumentaciones.

Así las cosas, de acuerdo a como lo solicita el Procurador Delegado, se desestimará el cargo formulado en la demanda.

CASACIÓN OFICIOSA:

El procesado fue acusado y condenado por las lesiones personales culposas causadas a John Eduardo y a Cristian Camilo Cardona Ramírez, las cuales les significaron, respectivamente, 5 y 30 días de incapacidad médico legal definitivos, sin secuelas. Esa circunstancia a juicio de la Sala desconoció normas sobre competencia. En efecto, el numeral 10° del artículo 1° de la Ley 23 de 1991 en concordancia con la Ley 228 de 1995 (arts. 12 y 32), establece que las lesiones personales culposas que impliquen una incapacidad para trabajar o enfermedad que no supere de 30 días, son de competencia de los Jueces Penales Municipales y que en tales eventos se rompe la unidad procesal. Como esa es la hipótesis en el presente caso, es criterio de la Sala que procede la ruptura de la unidad procesal y la declaración de nulidad parcial a partir del auto por medio del cual se declaró cerrada la investigación para que en su lugar, siempre que no se haya operado el fenómeno de la prescripción, se compulsen copias de lo pertinente, a fin de que dichas autoridades continúen con el trámite correspondiente y adopten las decisiones a que haya lugar[1]. En este sentido, en consecuencia, se casará la sentencia de manera parcial, lo cual impone una nueva tasación de la pena, que la Sala fija en el mínimo establecido en el artículo 329 del Código Penal, vale decir dos años de prisión, restando así los dos meses que agregaron las instancias por razón de las lesiones. La interdicción de derechos y funciones públicas será por igual lapso.

---

[1]. En el caso examinado no procede la orden de compulsar copias con destino a los Jueces Penales Municipales respecto de los hechos punibles contravencionales, toda vez que la acción penal respecto de ellos prescribió al haber transcurrido desde su ocurrencia el término previsto por la ley 23 de 1991.

En cuanto a los perjuicios materiales causados con el delito, toda vez que no fueron cuantificados en las instancias, quedan naturalmente referidos de modo exclusivo al hecho punible de homicidio. Y sobre los morales se revocará la condena a su pago en favor de los lesionados John Eduardo y Cristian Camilo Cardona Ramírez.

Por lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. DESESTIMAR el cargo realizado en la demanda de casación.

2. CASAR PARCIAL Y OFICIOSAMENTE el fallo recurrido. En consecuencia, se dispone anular lo actuado a partir del auto mediante el cual se cerró la investigación, únicamente en relación con las lesiones personales a que se refiere el proceso.

3. Como consecuencia de la anterior determinación, se fija en dos años de prisión la pena al procesado Luis Alberto Angel Gómez, en calidad de autor responsable del delito de homicido culposo. La pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas se establece en el mismo lapso. La multa y la suspensión en el ejercicio de la actividad de conductor se mantienen en la cantidad y el tiempo determinados por las instancias.

4. Revocar la condena al pago de los daños y perjuicios materiales y morales derivados de las lesiones personales causadas a Jhon Eduardo y Cristian Camilo Cardona Ramírez.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COMPETENCIA FUNCIONAL

Corresponde a la Corte desatar el planteado conflicto de competencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 68-5 del C. de P.P. dado que los Juzgados Penales de Circuito involucrados en él pertenecen a distintos Distritos Judiciales.

Este es uno de los casos que se conocen en la doctrina y la jurisprudencia como de competencia funcional, en el que calificado el mérito del sumario por quien se considera competente -en este caso la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá-, obviamente el Juez correspondiente es quien debe pronunciarse sobre dicho asunto; y si encuentra que hubo errada calificación, procederá a anular mediante providencia susceptible de ser impugnada por los sujetos procesales inconformes, dándole así oportunidad al Tribunal o superior funcional correspondiente a que se pronuncie al respecto.

No puede, por tanto, un Juez en tales condiciones declinar su competencia para radicarla en cabeza de otro que tendría que conocer de una acusación de la cual no es el competente.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., octubre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*

Proceso No. 14839

Aprobado Acta No.159

Dirime la Corte, de plano, la colisión negativa de competencias suscitada entre los Juzgados Penal del Circuito de Lérida y 48 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá para continuar el trámite del juicio que se adelanta contra Yamin Alirio Campos Mora, iniciado por un presunto delito de receptación.

ANTECEDENTES

1. Al llegar al municipio de Lérida -Tolima- el 14 de mayo de 1997, procedente de esta ciudad capital de la República, el camión Furgón-ter-

mo de placas LAK-895, conducido por Francisco Correa Palacio, cargado con una remesa de productos "Zenú" de la firma Noel avaluados en aproximadamente ciento cincuenta millones de pesos, con destino a la ciudad de Ibagué, fue interceptado por un vehículo taxi *de color amarillo* en el que se hallaban tres ocupantes, del cual descendió uno de éstos y abordó el camión amenazando con un revólver que portaba a su conductor y ordenándole regresar a su lugar de origen. Atendida la orden, en cercanías del municipio de Facatativá el conductor fue obligado a trasladarse a otro carro, un campero negro, mientras que el comando del camión fue tomado por otro sujeto rumbo a Santa Fe de Bogotá, en donde al atardecer finalmente fue dejado el conductor, quien rato después formuló denuncia de lo sucedido.

2. La Policía Judicial adelantó pesquisas que la llevaron a ubicar y allanar una bodega en Fontibón, en la que había sido almacenada parte de la mercancía hurtada. Cuando se desarrollaba la diligencia arribaron al inmueble varios de los interesados en esa mercancía, que fueron capturados y con el informe correspondiente, puestos a disposición de la fiscalía investigadora. Dos de los capturados fueron Yamin Alirio Campos Mora y Héctor Alonso Hernández García, quienes fueron vinculados a la investigación mediante indagatoria y posteriormente comprometidos en juicio *mediante resolución de acusación*, el primero, por el delito de *receptación*, y el último, por el de *hurto calificado* y agravado, conforme al criterio de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, que al conocer por apelación el calificatorio lo modificó parcialmente en relación con Campos Mora. (fls. 34 y ss. cd. 2).

3. Considerando el Juzgado 48 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, al que por reparto correspondió el asunto, que el delito de hurto se consumó en el municipio de Lérida ordenó la remisión al Juzgado Penal del Circuito de esa localidad del original del proceso (fls. 1 y ss. cd.2), continuando ese Despacho con el trámite de rigor en relación con el delito de receptación.

4. Ordenada por el Juzgado la práctica de una prueba para durante la audiencia pública, se oyó el testimonio de Nidia Gerena Quiroga, esposa del dueño de la bodega en donde se produjo el allanamiento (fls. 16 y ss. cd.2), con base en la cual el Despacho llegó a la conclusión de que no debía dictar sentencia con la calificación impartida por la Fiscalía de segunda instancia porque en verdad el delito cometido por Campos Mora fue el de hurto calificado y agravado y no el de receptación, razón por la cual considerándose carente de competencia, dispuso el envío de lo actuado al Juzgado Penal del Circuito de Lérida, proponiéndole en caso de no acoger su planteamiento, conflicto negativo de competencia (fls 31-32 cd. 2).

5. Por su parte el Juzgado Penal del Circuito de Lérida, acogiéndose al criterio de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal, sostiene que el delito de Campos Mora fue el de receptación en Fontibón (fls. 44 y ss, cd. 2), declinando por ende también la competencia y trabando el conflicto que ahora se somete a la decisión de la Corte.

LAS RAZONES DE LOS COLISIONANTES

a) Del Juzgado 48 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá:

"En el curso de la audiencia pública se recepcionó la declaración de Nidya Gerena Quiroga, quien afirma que antes de ser llevada la mercancía a ese lugar Héctor Alonso Quiroga siempre había ido en un taxi amarillo y que el conductor de ese mismo taxi llegó el día del allanamiento y fue capturado, explicando que la primera vez que allí estuvieron fue en Semana Santa, esto es a finales del mes de marzo, siendo Campos Mora el procesado aprehendido precisamente ese día y era conductor de un taxi, además según lo refiere él en sus descargos fue hasta dicho lugar porque Héctor Alonso le solicitó colaboración para trasladar una mercancía, lo que significa que no existe ninguna equivocación en cuanto a la persona. De lo anterior debe colegirse que Yamin Alirio había estado con anterioridad a la comisión del hurto en el sitio donde se recuperó parte de la carga sustraída, más exactamente en el mes de marzo anterior en el establecimiento de propiedad de Nidya Gerena mirando su conveniencia para arrendarlo, por ende debe involucrársele con el ilícito atrás cometido contra el patrimonio económico.".

b.) Del Juzgado Penal del Circuito de Lérida;

"...este despacho encuentra consecuente los argumentos de la Fiscalía de segunda instancia, cuando señala '...de cara a Campos Mora, no obstante, prueba suficiente de participación, en el punible contra el patrimonio ..., no existe, sin que ello lo libere de responsabilidad frente al delito de receptación, al ser encontrado adelantando una acción dirigida consciente y voluntariamente a asegurar y transportar la mercancía producto del hurto, en compañía de Hernández, ...'.

"Se alude de igual manera en dicha decisión que al explicar el implicado Campos la circunstancias que fue hallado ..., se puede descubrir un ánimo receptador, lo que, se traduce en ese propósito de obtener un dinero fácil cooperando con Hernández en la ocultación o transferencia del producto del delito ...

"...

"La prueba testimonial aportada en la vista pública, exactamente la versión de la señora Nidia Gerena Quiroga, a nuestro sentir, no modifica la adecuación típica por la que se residenció en juicio a Campos Mora y por

consiguiente, para nada, el cambio del funcionario que por jurisdicción deba tramitar y decidir este asunto".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Corresponde a la Corte desatar el planteado conflicto de competencia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 68-5 del C. de P.P. dado que los Juzgados Penales de Circuito involucrados en él pertenecen a distintos Distritos Judiciales.

Este es uno de los casos que se conocen en la doctrina y la jurisprudencia como de competencia funcional, en el que calificado el mérito del sumario por quien se considera competente -en este caso la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá- , obviamente el Juez correspondiente es quien debe pronunciarse sobre dicho asunto; y si encuentra que hubo errada calificación, procederá a anular mediante providencia susceptible de ser impugnada por los sujetos procesales inconformes, dándole así oportunidad al Tribunal o superior funcional correspondiente a que se pronuncie al respecto.

No puede, por tanto, un Juez en tales condiciones declinar su competencia para radicarla en cabeza de otro que tendría que conocer de una acusación de la cual no es el competente.

Así las cosas, el conflicto se dirimirá en favor del Juez del Circuito de Lérida, asignando la competencia para conocer de este caso al Juzgado 48 Penal del Circuito de Bogotá a donde se remitirá el proceso, enterando al de Lérida con copia de este proveído.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal, de plano,

RESUELVE:

DIRIMIR el incidente de colisión de competencias asignando el conocimiento de este proceso al Juzgado 48 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá. Entérese al de Lérida con copia de este proveído.

Anótese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Didimo Páez Velandia, Nilson Pinilla Pinilla, no firmó.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/
FALSO JUICIO DE LEGALIDAD

La ilegalidad de los medios de convicción no puede hacerse valer por medio de la causal tercera de casación (nulidad), sino a través de la primera (violación indirecta de la ley sustancial), porque en últimas el desfase judicial consistiría en apreciar unas pruebas que jurídicamente son inexistentes, modalidad que en la doctrina jurisprudencial se conoce como error de derecho por falso juicio de legalidad. *En efecto, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", lo cual significa que, cuando se violan las formas sustanciales de cada medio probatorio o éste se lleva a cabo con detrimento de los derechos fundamentales, la sanción es la inexistencia de la prueba y no la nulidad de la actuación procesal.*

La consecuencia obvia de la ilegalidad de algunas pruebas es que, si en el proceso no cuentan otras válidamente practicadas y meritorias para establecer el objeto propuesto, entonces debe optarse por la sentencia absolutoria y no por la nulidad y reposición de lo actuado, pues priman en esta materia los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., octubre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*

Proceso No. 13578

Aprobado Acta N° 160

Vistos

De conformidad con los artículos 225 y 226 del Código de Procedimiento Penal, se examinan preliminarmente las demandas de casación presentadas por los defensores de los procesados Horacio Orozco Tavera y Omar Leonardo Ruiz Granada, en relación con la sentencia fechada el 5 de marzo de 1997, por medio de la cual el Tribunal Superior de Armenia

los declaró responsables de un concurso de hechos punibles de *homicidio agravado, hurto y porte ilegal de arma de fuego de defensa personal*, y en consecuencia, les impuso individualmente la pena principal de cuarenta y dos (42) años y seis (6) meses de prisión; además, la sanción accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de diez (10) años; y la obligación de pagar una indemnización por perjuicios materiales y morales equivalente a 4.000 y 1.000 gramos oro, respectivamente.

De los Hechos

Se dice en el fallo cuestionado que el día 11 de febrero de 1996, aproximadamente a las 7 de la noche, en la ciudad de Armenia, los individuos Horacio Orozco Tavera, Omar Leonardo Ruiz Granada y Helmer Ovidio González Morales contrataron los servicios del taxista Farid De La Pava Echeverry, quien conducía el vehículo de servicio público de placas WNF 032, para que los trasladara a la vecina población de Barcelona. Todos emprendieron el viaje y ocurrió que, a inmediaciones del cementerio "Jardines de Armenia", situado en las afueras del municipio del mismo nombre, se suscitó una disputa porque el conductor pretendía el pago anticipado del acarreo, mas ocurrió que, después de un forcejeo, los pasajeros lo agredieron con el revólver y el arma cortopunzante que portaban, infiriéndole tres (3) lesiones con arma de fuego en la región posterior del cuello y otra herida cortante en la región lumbar derecha. Como uno de los disparos comprometió la arteria carótida derecha de la víctima, sobrevino un shock hipovolémico que se constituyó en la causa eficiente de su muerte.

En el mismo lugar del ataque, los agresores dejaron abandonado el cadáver del taxista y, de inmediato, *Horacio Orozco Tavera* tomó la conducción del automotor ajeno y llegaron hasta la entrada del municipio de La Tebaida, sitio en el cual se desprendieron de él. En la plaza de dicha localidad, los huidizos acudieron entonces a otro vehículo de servicio público, con el fin de que los transportara a la población de Sevilla (Valle), pero, cuando pretendían cruzar el retén de la Herradura, fueron interceptados por la policía del lugar.

Sometidos a requisa, *Helmer Ovidio González* llevaba consigo un revólver marca smith-wesson, calibre 38 largo, dotado de dos cartuchos para el mismo e impregnado de manchas de sangre; *Horacio Orozco Tavera* portaba una navaja también tinta de sangre. Igualmente, las ropas de aquellos dos y del tercer pasajero, *Omar Leonardo Ruiz Granada*, estaban untadas de la misma sustancia.

Se produjo así la captura de los tres sospechosos, pues además la policía del retén ya había sido alertada sobre la muerte violenta infligida

al taxista *Farid de la Pava Echeverry*, quienes posteriormente fueron dejados a disposición de la Fiscalía General de la Nación.

Antes de culminar la fase de la investigación, el procesado *Helmer Ovidio González Morales* se acogió a la figura de la sentencia anticipada y, de esa manera abreviada, en relación con él, separadamente se puso fin al proceso.

DEMANDA EN FAVOR DE HORACIO OROZCO TAVERA

El defensor propone dos cargos en el ámbito de la causal tercera de casación, por haberse dictado la sentencia en un juicio viciado de nulidad, y un tercer reparo subsidiario se ensaya por la vía de la violación de la ley sustancial. Las censuras se presentan de la siguiente manera:

1. Sostiene que el fallo se estructuró sobre la base de informes y pruebas policiales inexistentes, expresamente reconocidas como tales por el *ad quem*, ya que dichas diligencias, que se refieren a las supuestas "confesiones" de los inculpados, fueron logradas por medio de la tortura física y las amenazas, y además sin que los imputados hubieser estado asistidos por sus defensores.

De otra parte, las posteriores indagatorias que sirvieron de fundamento a la acusación, también están permeadas e influidas por aquellos informes y declaraciones inexistentes, pues, cada vez que la Fiscalía interrogaba a los imputados sobre los hechos, les anteponía la referencia a las constancias del proceso, precisamente las que por su manifiesta irregularidad no tenían vida jurídica y tampoco podían ser invocadas. Como estas falencias indican un resquebrajamiento total del proceso, le parece al impugnante que se configuraron las causales de nulidad previstas en los numerales 2° y 3° del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

Aduce también que esa declaración de inexistencia que hizo el Tribunal debe extenderse lógica y jurídicamente a las ratificaciones de los policiales, quienes narran como legítimas las versiones que obtuvieron de los procesados mediante el uso de amenazas y torturas físicas.

A pesar de que fue valiosa la declaración de inexistencia jurídica hecha por el Tribunal, dice el demandante que le faltó más arrojo para otorgarle todas las consecuencias jurídicas a esa manifestación, pues debió decretar la nulidad por la comprobada violación de las mínimas garantías legales y constitucionales de los detenidos, tanto por la violencia involucrada en el allegamiento del informe y las versiones, como por la omisión en ellas de la presencia garantista del defensor.

2. El segundo cargo se refiere a la violación del derecho de defensa. La motivación arranca con la advertencia de que en el intento de sentencia anticipada con el procesado *Horacio Orozco Tavera*, el defensor renunció al encargo por desavenencias con su defendido, en relación con la diligen-

cia que encaraban y además estuvo tres (3) días sin asistencia letrada; de modo que el sindicado, ante la ausencia de defensa técnica en ese período crucial, quedó privado de la oportunidad de conocer las implicaciones del acto de terminación anticipada, y eventualmente de haber recibido el beneficio de rebaja de pena como consecuencia de dicho trámite especial.

Opina que la defensa técnica no es una mera expectativa y debe garantizarse sin solución de continuidad; de tal manera que, así durante los mencionados días no se hubieran practicado actos que comprometan la situación jurídica del sindicado, ello no es argumento válido para justificar la omisión, como lo pretende la argumentación del Tribunal. Por lo demás, ante el vacío en la defensa, de inmediato la Fiscalía debió proveer un defensor de oficio.

Como consecuencia de lo argumentado en estos dos cargos, el actor reclama la nulidad a partir de las diligencias de indagatoria, por estar basadas ellas en pruebas y actos procesales jurídicamente inexistentes.

3. En subsidio, el demandante recurre a la causal primera de casación, con el fin de poner de presente que el Tribunal incurrió en un error de derecho al estimar como prueba de la responsabilidad de su acudido en el homicidio, la misma que tuvo en cuenta para demostrar los delitos de hurto y porte ilegal de arma de fuego. Como consecuencia de este yerro, el fallo dejó de aplicar los artículos 24 y 25, inciso 2° del Código Penal, en cambio sí aplicó indebidamente el artículo 25, inciso 1° *idem*.

Dice el recurrente que el testimonio de *Helmer Ovidio González Morales*, rendido en la fase del juicio y cuando ya no era sujeto procesal en esta actuación, constituye la prueba que fundamenta la existencia del delito de hurto, mas dicho medio de convicción siempre exculpa a *Horacio Orozco Tavera* de toda participación voluntaria en el homicidio.

Pero, según piensa el demandante, resulta que el Tribunal echó mano de una tesis equivocada, cuando declara que la unidad de propósito de los tres procesados para la comisión del hurto, también revela la comunidad intencional para la realización del homicidio. Sin embargo, este último delito era totalmente ignorado dentro del ánimo común para la comisión del hurto, pues así se reconoce por los procesados en las respectivas indagatorias, y aún en el testimonio suministrado por *Helmer Ovidio González*, después de haber optado por la sentencia anticipada (fs. 347 a 349).

Recuerda que las lesiones se produjeron por la resistencia de la víctima al despojo, quien como exagente de la policía no se conformó con el desapoderamiento y entró en un forcejeo con los atacantes, lo cual demuestra no sólo que el herimiento fue involuntario sino que el querer de *Orozco Tavera* mucho menos pudo estar ligado a los planes concebidos ni tampoco a la intempestiva forma como ocurrieron los impactos de bala.

Como el presunto plan del hurto se ha extendido argumentativamente al hecho constitutivo del homicidio, en el caso de la imputación a *Orozco Tavera*, el Tribunal incurrió en formulación de responsabilidad objetiva, pues, la participación de éste en el programa del hecho patrimonial apenas se ha demostrado indiciariamente, y no existe prueba alguna de que su voluntad estuviese dispuesta a ese trágico acontecimiento contra la vida ajena.

Concluye el actor que si el *ad quem* hubiese advertido que *Helmer Ovidio González*, como ejecutor material del homicidio, ha negado una y otra vez la participación de su defendido en ese hecho, nó le estaría aplicando el inciso 1° del artículo 25 del Código Penal sino el inciso 2° del mismo precepto, y de igual manera le reconocería el carácter de cómplice, para tratarlo conforme con el artículo 24 de la misma codificación.

Con fundamento en estas premisas, en caso de no prosperar la nulidad solicitada, reivindica un cambio en la sentencia para que a su acudido se le considere cómplice y no autor de los ilícitos atribuidos.

Demanda en favor de Omar Leonardo Ruiz Granada

Al amparo de la causal tercera de casación, el defensor del procesado *Omar Leonardo Ruiz Granada* plantea un único cargo de nulidad por violación del debido proceso y el derecho de defensa, basado en las mismas irregularidades que destaca la sentencia de segundo grado, tales como las torturas y presiones practicadas por los policiales para lograr las "confesiones" iniciales; el subjetivismo y las conjeturas en la apreciación de las pruebas por parte de la Fiscalía; la incidencia dañina de la resolución de situación jurídica en las demás decisiones de la Fiscalía; la extensión de esa subjetividad del fiscal a los demás funcionarios que conceptuaron e intervinieron en el proceso; la estimación arbitraria de las declaraciones hechas en un fallido trámite de sentencia anticipada, como fundamento de la decisión calificatoria y de la sentencia de primera instancia, cuando ellas jurídicamente se consideran inexistentes; y otra serie de imprecisiones en la actividad probatoria y crítica de la Fiscalía.

Mas el error implícito en la sentencia del Tribunal, dice el demandante, consiste en creer y asegurar que basta una nueva argumentación o un nuevo razonamiento sobre la prueba para que las irregularidades y nulidades desaparezcan. Mientras el fallo de primera instancia sostiene la decisión en pruebas directas, como "testimonios" y "confesiones", el *ad quem* convierte el argumento en prueba indiciaria y con tal maniobra supone que ha superado el problema de la legalidad de las pruebas y del proceso.

El Tribunal piensa que la invalidez de la prueba directa puede enjugarse al convertirla argumentativamente en indiciaria; o sea, al pasar de testimonio a hecho indicador o de confesión a premisa mayor. Sencillamente, la Corporación detectó el error mas temió a la integridad de sus

consecuencias, y entonces optó por un camino intermedio, que no por ello deja de ser inidóneo e insuficiente.

Las pruebas obtenidas sin controversia, por falta de defensor, las que se alcanzaron por métodos coactivos y las que se consideraron como fundamento de la decisión, a pesar de haberse malogrado la respectiva sentencia anticipada, constituyen verdaderas causales de nulidad que no pueden soslayarse. Por ello, cuando el Tribunal declara inexistentes las versiones obtenidas en el retén de la Herradura, consecuentemente debió extender dicha declaración a los testimonios posteriores de la policía y el interrogatorio del fiscal o, por lo menos, demeritar su valor.

Igualmente, se incurre en nulidad procesal al cimentar las decisiones judiciales en "conjeturas y subjetivismos", porque ellas deben basarse en la objetividad de las pruebas y de los razonamientos.

Concluye que un proceso así sustentado es nulo, por violar tanto el debido proceso como el derecho de defensa. En consecuencia, solicita la declaratoria de invalidez y la reposición de lo actuado a partir de las indagatorias.

Consideraciones de la Sala

Aunque existen algunos matices en la motivación, lo cierto es que son iguales el soporte de hecho, la subsunción normativa y el desarrollo correspondiente al primer cargo de la demanda presentada en favor de *Orozo Tavera* y el reparo único de la segunda demanda. Esta la razón por la cual se examinarán en un mismo cuerpo, así:

Lo primero que debe advertirse es que la ilegalidad de los medios de convicción no puede hacerse valer por medio de la causal tercera de casación (nulidad), sino a través de la primera (violación indirecta de la ley sustancial), porque en últimas el desfase judicial consistiría en apreciar unas pruebas que jurídicamente son inexistentes, modalidad que en la doctrina jurisprudencial se conoce como *error de derecho por falso juicio de legalidad*. En efecto, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, "es nula, ***de pleno derecho***, la prueba obtenida con violación del debido proceso", lo cual significa que, cuando se violan las formas sustanciales de cada medio probatorio o éste se lleva a cabo con detrimento de los derechos fundamentales, la sanción es la inexistencia de la prueba y no la nulidad de la actuación procesal.

La consecuencia obvia de la ilegalidad de algunas pruebas es que, si en el proceso no cuentan otras válidamente practicadas y meritorias para establecer el objeto propuesto, entonces debe optarse por la sentencia absolutoria y no por la nulidad y reposición de lo actuado, pues priman en esta materia los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*.

A esta conclusión no puede llegarse por la vía propuesta en ambas demandas, pues lo que sus autores pretenden es la injustificada e inútil repetición del proceso.

Ahora bien, precisamente porque los demandantes equivocaron el camino para pedir en casación, también esquivaron la referencia a la prueba estimada por el Tribunal para fundar el fallo, después de que éste reconoció como inexistentes los informes producidos por la policía y las versiones acopiadas por los mismos, pues habían sido conseguidas por medios prohibidos y, por ende, repudiables. Es que si el reparo se hace por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial, como error de derecho por falso juicio de legalidad, necesariamente el actor tiene que preocuparse por demostrar la trascendencia de la equivocación, pues, si bien no pueden estimarse como fundamento del fallo las pruebas tachadas de ilegales, habrá de examinarse críticamente el resto del material probatorio para ver de comprobar si mantienen la sentencia condenatoria o, por el contrario, ésta debe romperse y cambiar de sentido.

El primer demandante, aunque admite como loable la declaración de inexistencia que hizo el Tribunal, dice que basta la detección de esas irregularidades ya declaradas para solicitar antitécnicamente la nulidad del proceso, pero en nada se ocupa del fundamento probatorio que tuvo en cuenta el fallador para sostener el sentido condenatorio de la sentencia. De esta manera, el ataque no sólo es desviado sino que carece de la razón suficiente para provocar un análisis extraordinario como es el que corresponde al recurso de casación, como que no cita *in integrum* lo considerado en materia probatoria por el fallo cuestionado.

Claro que el segundo actor sí se refiere a la prueba indiciaria considerada por el Tribunal, como alternativa de sustento a las falencias de algunos medios directos de convicción, pero apenas se contenta con una frase genérica de impacto, en el sentido de que el fallador, por medio de una maniobra argumental, convirtió los "testimonios" y "confesiones" en pruebas indirectas. Si bien enumera los indicios que sirvieron de fundamento a la sentencia de segundo grado, este recurrente no hace el más mínimo esfuerzo para demostrar que en realidad el *ad quem* hizo esa intolerable conversión de lo ilícito en lícito o para establecer que la mencionada prueba indiciaria, por requerir de otro medio directo que la conduzca al proceso, también estaba contagiada por la misma irregularidad de la fuente.

Ambos impugnantes se han referido a una extensión de la ilicitud de la actuación policial a otras diligencias, verbigracia las indagatorias, como algo que les parece lógico, pero si ellos mismos admiten que para esas actuaciones posteriores no hubo presiones y se contaba con la asistencia del respectivo defensor, la mera conexión causal que orienta todo el proceso penal es insuficiente para contaminar toda la actuación, pues sería necesario que se enseñara la integridad del contenido relevante del acta

de la diligencia de injurada, y no solamente los fragmentos que cita el primer demandante, para establecer si alguna confesión se arrancó engañosamente o, por el contrario, se produjo sin vicios en la voluntad.

Así entonces, bien que la causa de la alegada irregularidad en las pruebas hubiese sido la transgresión de derechos fundamentales de los imputados (violencia) o la arbitraria estimación de dichos medios de convicción, de todas maneras no pueden prosperar los cargos relacionados con la nulidad por supuestas afectaciones del debido proceso y el derecho de defensa, pues, no sólo es errada la vía escogida por los actores, sino que se carece de las observaciones suficientes para saber si el fallo puede mantenerse por otros medios probatorios.

Adicionalmente, el primer demandante desarrolla otra presunta irregularidad relacionada con el derecho de defensa, que consiste en la desatención técnica durante el frustrado trámite de sentencia anticipada iniciado con el procesado *Horacio Orozco Tavera* y tres días después, dado que por discordancias su defensor renunció al cargo en ese acto y, si es que el inculpado hubiese contado con una buena recomendación profesional, eventualmente pudo haber accedido a una rebaja de pena.

Nótese que, sin necesidad de acudir a confrontaciones con la realidad procesal, curiosamente la misma demanda ilustra que no faltó la defensa técnica para el propuesto trámite de sentencia anticipada, pues tanto el procesado como su defensor estaban prestos para la respectiva diligencia, pero como el primero finalmente se resistió a aceptar la acusación discutida, no pudo llevarse a cabo el acto en virtud de su libre determinación negativa y no por omisiones del asesor profesional. Al fin y al cabo, la del sindicado es la voluntad decisiva dentro de la naturaleza jurídica de esa clase de diligencias, pues se trata de admitir libremente una responsabilidad penal que es personal, además de que la intervención del defensor, aunque debe procurar el apoyo en materias técnicas, primero ha de ser garantía de la transparencia del consentimiento de su asistido y de la regularidad del procedimiento correspondiente.

Por lo demás, debe notarse que el actor postula de cara a un resultado eventual y no frente a la libre y asistida voluntad para la opción y desarrollo de la diligencia de sentencia anticipada, que es el objeto de la garantía defensiva, lo cual significaría paradójicamente que, ante la falla del trámite abreviado, entonces el procedimiento ordinario, que sigue como consecuencia inevitable, se estimaría contrario a la defensa técnica, cuando tal afirmación se hace *a posteriori* por los resultados adversos y no por lo que verdaderamente ocurrió *ex ante* o en el momento de su tramitación.

Ahora bien, la presunta interrupción en el ejercicio de la defensa técnica, tal vez ocurrida durante los tres (3) días que tardó la designación de un nuevo defensor, no se ha sustentado debidamente, no sólo porque apenas se esgrime formalmente una inexcusable *continuidad* en el ejerci-

cio defensivo, frente al hecho material de la falta de actuación relevante durante dicho lapso, puesto de presente por el Tribunal, sino porque ninguna reflexión ofrece el demandante sobre el plazo de gracia de cinco (5) días que dispone el artículo 69 del C. de P. C. para la terminación de cualquier poder.

Queda por examinar la presentación del cargo subsidiario de la primera demanda, basado en la violación de la ley sustancial, supuestamente porque al procesado *Horacio Orozco Tavera* se le trató en la sentencia como coautor y no como cómplice de los delitos atribuidos, título éste que es el correspondiente a su verdadero grado de participación en los hechos.

Se advierte en el desarrollo del cargo una gran confusión en el propósito del ataque, pues en algunos apartes el actor da a entender que no comparte la interpretación jurídica de los hechos probados (*violación directa*), pero a renglón seguido se queja por la atribución de coautoría en el homicidio a su asistido, cuando las expresiones del coprocesado *Helmer Ovidio González Morales* recurrentemente lo exculpan de cualquier participación voluntaria en el punible contra la vida (*violación indirecta*).

Así entonces, en esa primera tendencia de la impugnación, se capta el deseo de discutir meramente en el plano del alcance jurídico de los episodios, porque está orientada a señalar que el acuerdo para cometer el delito de hurto no comporta necesariamente igual compromiso de la voluntad para realizar el homicidio, dado que éste se presentó como un hecho ocasional y hasta extraño al querer de *Helmer Ovidio*, señalado como el autor material de los disparos que surgieron durante el forcejeo propiciado por la víctima. Esta manifestación de la demanda corresponde a la determinación doctrinaria de la *violación directa* de la ley sustancial, cuyo sentido no puede desviarse con la discusión simultánea o posterior de las pruebas que apoyan la existencia del acontecimiento.

Pero el ataque cambia de dirección cuando se dice que "el delito de homicidio se encontraba *total y cabalmente ignorado dentro del propósito común de la comisión del delito de Hurto*", porque así "lo reconocen expresamente los procesados" y también lo revela el testimonio posterior de quien se acogió la sentencia anticipada; o cuando se hace énfasis en que el mismo acogido, en relación con la responsabilidad de *Orozco Tavera*, permanentemente lo "*exculpa de toda participación voluntaria en el acto del homicidio*" (fs. 511. El texto destacado lo hace el demandante). Aquí ya se involucra una inquietud relacionada con la estimación de las pruebas, pues el demandante sugiere que se han festinado las indagatorias y una declaración juramentada.

Esta segunda inclinación corresponde a la institución doctrinaria de la *violación indirecta* de la ley sustancial, porque el agravio que a ésta se produce está mediatizado por una errónea apreciación de las pruebas.

Sin embargo, el censor tampoco aclara si las mencionadas pruebas en realidad fueron completamente ignoradas por el Tribunal (*falso juicio de existencia*), o, no obstante la consideración de las mismas, fueron tergiversadas en cuanto a los datos de información que contenían (*falso juicio de identidad*).

De modo que el texto de la demanda, en el mencionado cargo, no deja claro si el propósito es acometer la apreciación judicial de la prueba examinada para declarar el fenómeno de la coautoría en los delitos de homicidio, hurto y porte ilegal de arma de fuego; o si el ánimo impugnativo se circunscribe a la sola subsunción jurídica de los hechos cuya demostración no habrá de controvertirse. Y algo más: cuando se afirma que la conciencia y voluntad del procesado *Orozco Tavera*, a lo sumo, estuvieron comprometidos en la planeación y ejecución del delito patrimonial, y no en el homicidio, la consecuencia no podría ser la sola consideración imputante de una complicidad, como inconsecuentemente lo pide el actor, pues tal figura accesoria también exige la demostración de una comunidad intencional entre autores y partícipes, habida cuenta que la diferencia del grado de responsabilidad entre unos y otros está referida mayormente a aspectos objetivos del aporte funcional de las conductas que a la sola subjetividad de los intervinientes.

Así examinada la formalidad de ambos escritos, la conclusión de la Sala es que deben rechazarse de plano, dado que no cumplen las exigencias mínimas para abrir el debate en casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE las demandas de casación presentadas en favor de los procesados Horacio Orozco Tavera y Omar Leonardo Ruiz Granada. En consecuencia, se declara desierto el respectivo recurso extraordinario, antes concedido por el Tribunal Superior de Armenia.

En relación con esta decisión, de conformidad con los artículos 197 y 226 del C. de P. P., no procede recurso alguno.

Cópiese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, no firmó; Didimo Páez Velandia, no firmó; Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

COLISION DE COMPETENCIA

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la competente para desatar el conflicto de competencias negativo suscitado entre el Juzgado 1° Penal Municipal de Chinchiná (Caldas) y el Juzgado 2° Penal Municipal de Dosquebradas (Risaralda), según así lo dispone el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, relacionado con el lugar en que se cometió la contravención, y siguiendo doctrina reiterada por la Sala (véase rad. 12184 del 17 de sep. de 1996 y 13982 del 18 de feb. de 1998, M.P. Dr. Jorge A. Gómez Gallego).

El artículo 80 del Código de Procedimiento Penal contempla los criterios a seguir, cuando se trata de hechos punibles realizados en distintos territorios, a efecto de determinar la competencia, siendo uno de ellos el lugar donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción, como aquí ocurre.

De otra parte, el punto de discusión de los colisionantes radica en que el automotor objeto del acto arbitrario se ocultó en la localidad de Chinchiná, pero tal circunstancia, en este caso, no determina la competencia, toda vez que hay que tener en cuenta las manifestaciones del sujeto activo de la infracción, en el sentido de que los actos arbitrarios para hacerse justicia se iniciaron en el municipio de Dosquebradas, lugar donde tomó indebidamente el camión y se abrió el proceso penal.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*

Proceso No. 14440

Aprobado acta N° 161

VISTOS

Resuelve la Corte la colisión negativa de competencias surgida entre el Juzgado 1° Penal Municipal de Chinchiná (Caldas) y el Juzgado 1° Penal

Municipal de Dosquebradas (Risaralda), dentro del proceso adelantado contra Antonio Aguirre García por la contravención especial de ejercicio arbitrario de las propias razones.

ANTECEDENTES

1. El camión marca Internacional, modelo 1970, de placas WMJ-075, de copropiedad, por partes iguales, de los señores Javier Gómez Ramírez y Antonio Aguirre García, fue vendido, en el municipio de Dosquebradas (Risaralda), a César Eugenio Gómez Botero por la suma de treinta y cinco millones de pesos. Como resultado de esa transacción, según documento que obra en el expediente, el vehículo fue entregado en la citada localidad el 6 de enero del presente año, además de que el nuevo propietario, quien gerenciaba la empresa "Trilladora Gran Caldas", acordó que el señor Antonio Aguirre García fuese su empleado conduciendo el mencionado camión.

2. Transcurridos poco más de quince días, César Eugenio Gómez ordenó a Antonio Aguirre García que efectuara un viaje a Neira (Caldas) con el fin de recoger un café, el que no fue realizado, desapareciendo desde ese momento el camión, razón por la cual Javier Gómez Ramírez, padre de César Eugenio, por medio de apoderado, presentó la correspondiente querella, la que correspondió al Juzgado 1° Penal Municipal de Chinchiná.

3. Posteriormente, el citado Juzgado, por considerar que los hechos denunciados habían tenido ocurrencia en el municipio de Dosquebradas, remitió la actuación al Juzgado 2° de la misma especialidad de Dosquebradas, oficina que a su vez la envió al Fiscal 8° Local de la misma municipalidad, el que luego de practicar unas pruebas dispuso la apertura de instrucción, según resolución del 17 de febrero del mismo año.

4. Mediante resolución del 2 de marzo del año en curso, el citado funcionario judicial remitió el diligenciamiento a la Fiscalía 25 Delegada ante los jueces penales del circuito de Dosquebradas, toda vez que concluyó que de los hechos motivo de averiguación, se inferia la posible tipificación del delito de hurto agravado por la confianza y la cuantía.

5. La mencionada Fiscalía 25, luego de allegar varias pruebas testimoniales y documentales, escuchó en diligencia de indagatoria a Antonio Aguirre García, quien aseveró que tomó el camión y lo llevó "de la Trilladora Gran Caldas de aquí de Dosquebradas" y lo dejó estacionado en un parqueadero cerca a su casa, ubicada en el municipio de Chinchiná. Agregó que ocultó el automotor por cuanto que su denunciante le adeuda unas prestaciones laborales y, además, porque sin su consentimiento se vendió, sin que se le haya dado dinero alguno.

Con fundamento en la versión anterior, consideró que no se trataba del punible de hurto agravado, sino de la contravención especial de "ejer-

cio arbitrario de las propias razones", por lo que dispuso, por competencia, devolver la actuación al Juzgado 2° Penal Municipal de Dosquebradas.

6. Por auto del 24 de marzo del presente año, el citado despacho judicial señaló:

"Se deduce de la investigación adelantada por la Fiscalía 25 delegada ante el Juez Penal del Circuito de la localidad, que efectivamente la conducta endilgada al señor Antonio Aguirre García, es la denominada contravención especial EJERCICIO ARBITRARIO DE LAS PROPIAS RAZONES, pero nótese que el contraventor tiene retenido el vehículo en el municipio de Chinchiná (Caldas) y es ahí donde recae la competencia por cuanto no obstante haberse llevado el automotor de este municipio es en Chinchiná donde lo tiene retenido, consecuente con lo anterior remítanse estas diligencias al Juzgado Penal Municipal de Chinchiná".

Propuso colisión negativa de competencia en caso de no ser acogido el planteamiento.

7. Por su parte, el Juzgado 1° Penal Municipal de Chinchiná, acogiendo la colisión propuesta, sostuvo que tampoco era competente, toda vez que la contravención especial de ejercicio arbitrario de las propias razones es un comportamiento de mera conducta, por lo que el conocimiento del asunto recae en el funcionario judicial en donde se desarrolló total o parcialmente la acción.

Agrega que teniendo en cuenta el alcance naturalístico, la protección al bien jurídico, la cronología fáctica de la conducta y la unidad o pluralidad de bienes tutelados, el competente para investigar dicha contravención es el Juzgado que propuso el conflicto, ya que fue en Dosquebradas en donde se ejecutó el hecho punible.

Consideraciones de la Corte

1. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la competente para dirimir el conflicto de competencias negativo suscitado entre el Juzgado 1° Penal Municipal de Chinchiná (Caldas) y el Juzgado 2° Penal Municipal de Dosquebradas (Risaralda), según así lo dispone el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, relacionado con el lugar en que se cometió la contravención, y siguiendo doctrina reiterada por la Sala (véase rad. 12184 del 17 de sep. de 1996 y 13982 del 18 de feb. de 1998, M.P. Dr. Jorge A. Gómez Gallego).

2. En el presente asunto no hay duda que la competencia recae en el Juzgado 2° Penal Municipal de Dosquebradas, por haberse iniciado allí la comisión del hecho punible y haberse proferido resolución de apertura de la instrucción.

En efecto, el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal contempla los criterios a seguir, cuando se trata de hechos punibles realizados en

distintos territorios, a efecto de determinar la competencia, siendo uno de ellos el lugar donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción, como aquí ocurre.

De otra parte, el punto de discusión de los colisionantes radica en que el automotor objeto del acto arbitrario se ocultó en la localidad de Chinchiná, pero tal circunstancia, en este caso, no determina la competencia, toda vez que hay que tener en cuenta las manifestaciones del sujeto activo de la infracción, en el sentido de que los actos arbitrarios para hacerse justicia se iniciaron en el municipio de Dosquebradas, lugar donde tomó indebidamente el camión y se abrió el proceso penal.

Por las anteriores razones, la Sala dirimirá el conflicto planteado asignando el conocimiento del asunto al Juzgado Segundo Penal Municipal de Dosquebradas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

DECLARAR que la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juzgado 2° Penal Municipal de Dosquebradas, a donde se remitirá el diligenciamiento.

De esta decisión, infórmesele al Juzgado 1° Penal Municipal de Chinchiná.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, Dídimo Páez Velandia, no firmó; Nilson Pinilla Pinilla, no firmó.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

SANA CRITICA/ FALSO JUICIO DE CONVICCION

En razón a que en el Derecho Procesal Penal colombiano está instituido el sistema de la sana crítica, generalmente resulta desatinado alegar error por falso juicio de convicción, cuando la ley no ha establecido opciones de credibilidad ni grados de persuasión, predeterminados en relación con el medio probatorio. Es que la lógica, la ciencia y la experiencia son fenómenos que no se tasan a priori, sencillamente porque son herramientas de valoración que han de aplicarse sin prejuicios, sobre la singularidad y peculiaridades de los diversos casos concretos.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Santa Fe de Bogotá, D. C., octubre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y ocho (1998).

Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Proceso No. 12858

Aprobado Acta N° 161

ASUNTO

Decide la Corte sobre la admisibilidad formal de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Luis Gonzalo Jiménez Puentes.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La noche del 24 de septiembre de 1995, frente a un establecimiento donde expenden víveres y licores, ubicado en la calle 72 A sur N° 16-14, barrio Sotavento de esta capital, fue herido por proyectil de arma de fuego Raúl Salas Chávez, quien falleció cuando era trasladado a un centro asistencial.

Poco antes, Salas Chávez había salido de una fiesta que se llevaba a cabo en la residencia localizada en la carrera 16 C N° 71-51 sur, a comprar licor en compañía de tres individuos que asistían a la reunión, entre ellos Luis Gonzalo Jiménez Puentes, a quien Jaime Andrés Salas Chávez, hermano de la víctima, vió portando arma de fuego y en el momento en

que disparó contra Raúl, huyendo precipitadamente del lugar, para poco después ser aprehendido por la Policía Nacional en su casa de habitación.

Jiménez Puentes fue legalmente vinculado al proceso y la Fiscalía 28 Seccional de Santa Fe de Bogotá -Unidad Tercera de Vida-, en resolución de fecha 29 de septiembre de 1995, definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, sin derecho a excarcelación, por los delitos de homicidio y "porte ilegal de armas" (fs. 50 a 58 cd. 1).

Decretado el cierre de la instrucción, el 27 de diciembre siguiente fue calificada, dictándose resolución de acusación contra el implicado por el concurso de delitos de homicidio simple (con la modificación punitiva prevista por la ley 40 de 1993) y "porte ilegal de armas" de que trata el artículo 201 del Código Penal, providencia que no fue recurrida (fs. 119 a 140 ib.).

La etapa del juicio estuvo a cargo del Juzgado 15 Penal del Circuito de Santa Fe de Bogotá, despacho que el 22 de mayo de 1996 condenó a Jiménez Puentes, al encontrarlo responsable de los delitos materia de acusación, a la pena de 25 años y 6 meses de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 5 años y a la indemnización de perjuicios, declarando que no es procedente la condena de ejecución condicional (fs. 225 a 233 ib.). Al decidir apelación interpuesta por el defensor del incriminado, el Tribunal Superior de esta ciudad, mediante sentencia de fecha 22 de agosto siguiente, que ahora es motivo del recurso extraordinario, confirmó en su integridad el fallo materia de alzada, con la única adición de ordenar a la Secretaría compulsar unas copias desde antes dispuestas (fs. 23 a 34 cd. Tribunal).

La Demanda

Sin referir los hechos ni los sujetos procesales, después de especificar la sentencia contra la cual va dirigido el recurso extraordinario y de algunas referencias a la actuación procesal, el impugnante propone un único cargo con fundamento en la causal primera del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, inciso segundo.

Sostiene que "En el presente caso hubo violación indirecta de la norma de derecho sustancial, por haberse dictado la sentencia violando indirectamente la ley sustancial por error de hecho derivado de un falso juicio de convicción, siendo error de condición notoria o manifiesto, irrogándose grave lesión a mi patrocinado que incidió en la condena del mismo." (f. 53 ib.).

En el capítulo que denomina "Demostración de la causal", plantea que no cabe duda que la responsabilidad del procesado radica en el señalamiento que hizo el testigo Jaime Andrés Salas Chávez, ya que es la única persona que afirma que el autor de los disparos que causaron la muerte de su hermano fue el acusado, apreciación que asumieron los juzgadores

de instancia, pero se equivocaron cuando sostienen que Jimer Daniel Rodríguez Roa corrobora lo dicho por Jaime Andrés, pues lo único que ese testigo señaló "fue que el hoy sindicado no tenía chaqueta de cuero café sino una chaqueta de jean razzi".

Es del parecer que los fallos recurridos intentan "levemente tratarlas como indicios" las afirmaciones de algunos testigos que dicen haber visto al procesado en la fiesta armado y que él realizó algunos disparos, "pero al respecto la defensa trae a colación que una cosa es que lo hayan visto armado y otra cosa es que él haya sido la persona que acabó con la vida de Salas" (f. 55 ib.).

Recuerda que en las instancias no fue ligereza de la defensa admitir la buena visibilidad que había en el lugar de los hechos, para insistir en la equivocación del hermano de la víctima, única persona que afirmó haber visto que el procesado disparó contra Raúl Salas, siendo que las vestimentas no concordaban con las de Luis Gonzalo Jiménez Puentes. Esta apreciación lo lleva a sostener que no estaban satisfechas las exigencias que sobre responsabilidad establece "el artículo 447 (sic) del Código de Procedimiento Penal ya que la prueba no decía lo que el *ad quem* y el *ad quo (sic) han creído que se probó con tales medios de convicción" (fs. 56 y 57* ib.).

Por tanto, pide que se case la sentencia y en su lugar se dicte la que en derecho corresponda, que en su parecer es fallo absolutorio en favor del acusado.

Alegato de no Recurrente

La Procuradora 16 en lo Judicial pide a la Corte que rechace *in limine* la demanda y, en consecuencia, no admita el recurso extraordinario.

En sustento de lo anterior, plantea que el recurrente en ocasiones alude a la sentencia de primera instancia, olvidando que los cargos deben versar exclusivamente sobre la sentencia de segunda.

Como segunda observación, afirma que el defensor se limita a cuestionar el valor de convicción que los elementos probatorios produjeron en la mente del juzgador, sin precisar ninguno de los sentidos de la violación indirecta que se reconocen jurisprudencialmente cuando se argumenta error de hecho en la apreciación de la prueba. La demanda no respetó la exigencia de acompañar la causal aducida con la indicación clara y precisa de los fundamentos de ella y citando las normas que el recurrente estima infringidas, con lo cual desobedeció lo previsto en el numeral 3° del artículo 225 del Código de Procedimiento Penal.

Consideraciones de la Corte

La demanda de casación presentada por el defensor del procesado Luis Gonzalo Jiménez Puentes, no reúne los requisitos formales exigidos

por el artículo 225 del Código de Procedimiento Penal y será rechazada, por las siguientes razones:

1. No menciona los sujetos procesales, ni refiere los hechos materia de juzgamiento, omitiendo parte de lo establecido en los numerales 1° y 2° de la disposición acabada de citar.

Los fallos de primero y segundo grado sí son señalados, siendo de advertir, frente al planteamiento de la Procuradora 16 en lo Judicial, que si bien el recurso de casación procede contra sentencias de segunda instancia, los fallos conforman unidad inescindible en cuanto el de segundo grado confirme el dictado por el juez de conocimiento.

2. Como quedó visto en el resumen de la demanda, el defensor invoca la causal primera, cuerpo segundo, porque en su criterio la sentencia es violatoria del artículo 247 del estatuto procesal, "por error de hecho derivado de un falso juicio de convicción", enunciado que por sí solo constituye patente desenfoque, porque esta forma de desacierto no tiene la connotación de yerro fáctico sino de derecho, al negársele a un medio probatorio el presunto valor que le haya asignado la ley, u otorgarle el que no le ha sido conferido.

Aún más, en razón a que en el Derecho Procesal Penal colombiano está instituido el sistema de la sana crítica, generalmente resulta desatinado alegar error por falso juicio de convicción, cuando la ley no ha establecido opciones de credibilidad ni grados de persuasión, predeterminados en relación con el medio probatorio. Es que la lógica, la ciencia y la experiencia son fenómenos que no se tasan a priori, sencillamente porque son herramientas de valoración que han de aplicarse sin prejuicios, sobre la singularidad y peculiaridades de los diversos casos concretos.

Como complemento, cuando se esperaba en la fundamentación del cargo al menos la motivación adecuada que demostrase cómo llegó el fallador a marrar en su juicio jurídico-probatorio, el casacionista se limita a anteponer una simple divergencia o enfrentamiento de criterios, en cuanto se circunscribe a la expresión de inconformidad respecto de las consideraciones del Tribunal, al que le critica, según se colige de la demanda, que al analizar en conjunto las pruebas hubiere arribado a la conclusión de que Jiménez Puentes fue el autor de los disparos que acabaron con la vida de la víctima, razonamiento que repudia el defensor porque en su opinión no existe certeza sobre la responsabilidad del acusado, duda que también deja en vaguedad al sólo insinuarla y no plantear explícitamente ni sustentar como es debido en casación.

Tiene establecido la jurisprudencia de la Corte que la simple disparidad de criterios entre el juzgador y el demandante respecto a la valoración probatoria no es por sí demostración de un error, ni esa explicable situación puede llevar a que se considere ilegal el fallo, pues la ley es muy clara

al otorgar al juez la facultad de apreciar las pruebas sin sujeción a tarifa alguna, enmarcando la apreciación dentro de las reglas de la sana crítica, según lo expuesto en párrafo precedente y amparándose de esta forma bajo la doble presunción de acierto y legalidad que asume al arribar a la segunda instancia.

Además, el libelista sostiene que se violaron dichas reglas, pero no argumenta y menos prueba en concreto, ni precisa a qué elemento específico de comprobación se refiere, resultando de esta manera la demanda incompleta.

De otra parte, el actor afirma que en los fallos de instancia "levemente" se trata como "indicios" las afirmaciones de algunos testigos, que relataron que el implicado fue visto en la fiesta con arma de fuego y que realizó algunos disparos. Para nada desarrolla tal aserto, ni toma en cuenta que la jurisprudencia ha precisado que cuando se trata de cuestionar la apreciación de la prueba indiciaria en sede de casación, tal propósito puede cumplirse, según el caso, cuestionando la prueba del hecho indicador o atacando la inferencia lógica, lo cual incide en la vía a través de la cual ha de plantearse la censura.

Nada de lo anterior asume el libelista, de manera que aunada ésta a las previamente señaladas falencias de la demanda y dado que a la Corte no le es permitido suplir sus inconsistencias, se impone el rechazo por los requisitos formales que incumple y declarar desierto el recurso interpuesto, de conformidad con lo estatuido por el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal. Contra esta determinación, que adquiere ejecutoria en la misma fecha de su suscripción (art. 197 ib.), no cabe recurso alguno.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

RECHAZAR IN LIMINE la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Luis Gonzalo Jiménez Puentes y, en consecuencia, declarar DESIERTO el recurso interpuesto.

Contra esta providencia no cabe recurso alguno.

Cópiese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

Jorge Enrique Córdoba Poveda, Fernando Arboleda Ripoll, Ricardo Calvete Rangel, Carlos Augusto Gálvez Argote, Jorge Aníbal Gómez Gallego, Edgar Lombana Trujillo, Carlos E. Mejía Escobar, no firmó; Dídimo Páez Velandia, no firmó; Nilson Pinilla Pinilla.

Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria.

INDICE ALFABÉTICO

Pág.

A

ACCESO CARNAL VIOLENTO 316
ACCION DE REVISION-Causal primera 35
ACCION DE REVISION-Causal primera 350
ACCION DE REVISION-Prueba nueva 604
ACCION DE REVISION-Prueba nueva 817
ACCION DE REVISION-Rechazo 604
ACCION DE REVISION-Requisitos 45
ACCION DE REVISION-Requisitos 530
ACCION DE REVISION-Requisitos 611
ACTO ADMINISTRATIVO-Publicación 89
ACTO PROCESAL Oportunidad 440
ANTECEDENTES 565
ANTIJURIDICIDAD 57
ANTIJURIDICIDAD 89
APELACION 335
APELACION-Sustentación oral 71
ATIPICIDAD 57
AUDIENCIA DE CONCILIACION-Oportunidad 249
AUDIENCIA ESPECIAL 393

B

BENEFICIO ADMINISTRATIVO 31
BENEFICIO ADMINISTRATIVO 616

Pág.

BENEFICIO ADMINISTRATIVO 849

C

CALIFICACION DEL MERITO DEL SUMARIO 775
CASACION CIVIL 928
CASACION DISCRECIONAL 652
CASACION DISCRECIONAL-Desarrollo de la jurisprudencia 71
CASACION PENAL 928
CASACION 307
CASACION 446
CASACION 957
CASACION-Causal primera 355
CASACION-Causal tercera 171
CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS 363
CESACION DE PROCEDIMIENTO-Causales objetivas 199
CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA 181
CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA 89
COLABORACION EFICAZ-Acuerdo con el Fiscal 458
COLISION DE COMPETENCIA 1043
COLISION DE COMPETENCIA 129
COMPETENCIA FUNCIONAL 1029
COMPETENCIA FUNCIONAL 129
COMPETENCIA 1014
CONCURSO 517
CONCURSO 897
CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL 416
CONSULTA 973
CONTUMAZ 393
CULPABILIDAD 702

D

DEBIDO PROCESO 312
DEBIDO PROCESO-La no vinculación de una persona 171
DEFENSA TECNICA 723
DEFENSOR DE OFICIO 393
DELITOS CONEXOS 973
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA 390
DEMANDA DE CASACION 655

Pág.

DEMANDA DE CASACION-Legalidad del fallo 693
DERECHO DE DEFENSA 964
DERECHO DE DEFENSA 998
DESERCION 582
DETENCION EN EL SITIO DE TRABAJO 953
DILIGENCIAS 145

E

ERROR DE DERECHO 15
ERROR DE DERECHO 446
ERROR DE DERECHO 591
ERROR DE HECHO 15
ERROR DE HECHO 363
ESTAFA 627
ESTAFA 664
ETAPA DE JUZGAMIENTO 199
EXTINCION DE LA ACCION CIVIL 7
EXTRADICION 23
EXTRADICION 681
EXTRADICION-Pruebas 667

F

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO-Factura 166
FALSEDAD EN DOCUMENTO 89
FALSO JUICIO DE CONVICCION 1047
FALSO JUICIO DE CONVICCION 591
FALSO JUICIO DE CONVICCION 635
FALSO JUICIO DE IDENTIDAD 363
FALSO JUICIO DE LEGALIDAD 1033
FALSO JUICIO DE LEGALIDAD 446
FRAUDE PROCESAL 261
FRAUDE PROCESAL 627
FRAUDE PROCESAL 852

H

HOMICIDIO SIMPLE 863

Pág.

HOMICIDIO-Ley 40 de 1993 714
HOMICIDIO-Ley 40 de 1993 76
HOMICIDIO-Ley 40 de 1993, constitucionalidad 619

I

IMPEDIMENTO 769
IN DUBIO PRO REO 304
IN DUBIO PRO REO 502
INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA 228
INDAGATORIA 1016
INDAGATORIA 897
INDAGATORIA 998
INDEMNIZACION INTEGRAL-Plazo para su presentación 85
INDEMNIZACION-Oportunidad 312
INDICIO 548
INDICIO 998
INIMPUTABILIDAD 463
INIMPUTABILIDAD-Experticio médico legal 939
INTERPRETE-Solicitud 26
INVESTIGACION INTEGRAL 261
INVESTIGACION INTEGRAL 393
INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA 866
IRREFORMABILIDAD DE LA SENTENCIA 760

J

JURAMENTO 1016
JUSTICIA PENAL MILITAR 316
JUSTICIA PENAL MILITAR-En casación 208
JUSTICIA PENAL MILITAR-En casación 806

L

LEGALIDAD DE LA PENA 51
LEGALIDAD DE LA PENA-Dosificación de la pena 517
LEGITIMA DEFENSA 463
LEGITIMA DEFENSA 882
LIBERTAD CONDICIONAL 435

Pág.

LIBERTAD CONDICIONAL 565
LIBERTAD PROVISIONAL 31
LIBERTAD PROVISIONAL 534
LIBERTAD PROVISIONAL 863
LIBERTAD PROVISIONAL-Cualificación del delito 361

M

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO 775

N

NOTIFICACION 26
NOTIFICACION-Pliego de cargos 135
NULIDAD 591
NULIDAD 637
NULIDAD-De la prueba 468
NULIDAD-Fallo de sustitución 473
NULIDAD-Oportunidad para solicitarla 393

P

PARTE CIVIL 347
PARTE CIVIL 527
PECULADO POR APROPIACION 363
PECULADO POR APROPIACION 57
PECULADO POR EXTENSION 215
PENA 619
PENA 76
PENA 852
PENA 897
PERJUICIOS 473
PERJUICIOS 637
PERJUICIOS 89
PERMISO ADMINISTRATIVO 745
POLICIA JUDICIAL-Diligencias 573
PRESCRIPCION 582
PRESCRIPCION 664
PRESCRIPCION 748

Pág.

PREVARICATO 534
PREVARICATO 775
PRINCIPIO DE PRECLUSION 608
PROCESO-Peticiones 199
PROCURADOR 426
PRUEBA TRASLADADA 228

R

RECUSACION 769
REDENCION DE PENA 601
REDENCION DE PENA 849
REDENCION DE PENA-Actividades literarias 859
REFORMATIO IN PEJUS 973
REPARACION DEL DAÑO 85
REPOSICION 11
REPOSICION-Procedencia 443
RESOLUCION DE ACUSACION 181
RESOLUCION DE ACUSACION 190
RESOLUCION DE ACUSACION 228
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 821

S

SANA CRITICA 502,568,573,591,1047
SECUESTRO 619
SECUESTRO 76
SENTENCIA ANTICIPADA 335
SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir 646
SENTENCIA 443
SENTENCIA-Error aritmético 760
SUBROGADO PENAL 1014
SUBROGADO PENAL 21
SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA 432

T

TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE 928
TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 307

Pág.

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 335
TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 393
TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO 646
TESTIMONIO 573

U

UNIDAD PROCESAL 973

V

VIGENCIA DE LA LEY-Ley 40 de 1993 76
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 261
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 304
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 416
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 507
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 627
VIOLACION DIRECTA DE LA LEY 671
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 304
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 446
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 494
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 502
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 671
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 957
VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY 1033

INDICE CRONOLOGICO

Pág.

EXTINCION DE LA ACCION CIVIL. De conformidad con el artículo 62 del Código de Procedimiento Penal, procede la declaratoria de extinción de la acción civil adelantada dentro del proceso penal, cuando ocurre alguno de los modos de extinción de las obligaciones consagradas en el artículo 1625 del Código Civil.

Uno de esos casos, según la última preceptiva citada, es la transacción celebrada entre las partes, las cuales, cuando son capaces, y previo acuerdo, están en libertad de disponer un arreglo que ponga fin a la obligación civil, derivada de la comisión del hecho punible. Magistrado Ponente: Dr. Jorge E. Córdoba Poveda. Auto Casación. Fecha: 1° de julio de 1998. Decisión: Declara extinguida la acción civil, cancela el embargo y secuestro. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Ordóñez Ordoñez, Jaime Iván. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 14389. Publicada: Si

Véase también en Internet 7

REPOSICION. El recurso de reposición busca que el mismo funcionario que profirió la decisión -en este caso la Corte- vuelva sobre ella, y si es del caso, la revoque, reforme, adicione o aclare en forma total o parcial. Esta finalidad impone que el recurso se interponga y sustente en la oportunidad prevista de la ley, motivación que implica que el recurrente exponga las razones de hecho y de derecho por las cuales considera errada la providencia, a fin de que proceda la enmienda de los juicios equivocados del funcionario. Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Auto Casación -Reposición. Fecha: 1° de julio de 1998. Decisión: No repone providencia que negó libertad y se abstiene de pronunciarse sobre redención. Procesado: Bermúdez Hidalgo, José Dolores. Proceso: 11755. Publicada: Si.

Véase también en internet 21

Pág.

ERROR DE HECHO /ERROR DE DERECHO. La vulneración mediata de la norma sustancial que deja de aplicarse o lo es indebidamente, acontece por error de derecho o de hecho. Este surgiría de falso juicio de existencia, si se supone o ignora una prueba, o de falso juicio de identidad, al distorsionar su contenido objetivo. Aquel puede derivar de falso juicio de legalidad (considerar alguna prueba allegada con violación capital de los preceptos que regulan su aducción) o falso juicio de convicción (no otorgarle al elemento de demostración el valor establecido por la ley, o concederle el que no tiene, si existiere tarifa probatoria). Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Auto Casación. Fecha: 1° de julio de 1998. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda de casación y declara desierto el recurso interpuesto. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Procesado: Hidrobo Ilidrobo, Aureliano. Delitos: Homicidio. Proceso: 13294. Publicada: Sí.

Véase también en internet 15

SUBROGADO PENAL. Si bien el peticionario ostenta aún la condición de procesado porque la condena de que fue sujeto en las instancias no se encuentra ejecutoriada, debido a la impugnación extraordinaria, debe reiterar la Sala que en eventos como el que se analiza resulta improcedente la sustitución de la medida de aseguramiento, pues una vez dictada sentencia en la que se declare la responsabilidad del acusado y se le imponga una pena, sólo sería viable otorgar en aquella el subrogado de la condena de ejecución condicional o, luego de su ejecutoria, el subrogado de la libertad condicional cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 72 del Código Penal. Si no se produce dicha ejecutoria pero se satisfacen las exigencias de esta norma, lo procedente sería la libertad provisional señalada en el numeral 2° del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Auto Casación. Fecha: 1° de julio de 1998. Decisión: Niega sustitución de la medida de aseguramiento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Pinzón Becerra, Milton Mauricio. Delitos: Concusión. Proceso: 14516. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 21

EXTRADICION. La extradición no es un procedimiento penal sino un acto de derecho internacional mediante el cual el Ministerio de Justicia niega o concede la extradición de una persona condenada o procesada en el exterior, previo concepto favorable de la

Pág.

Corte Suprema de Justicia de acuerdo con lo prescrito por los tratados públicos, o en su defecto, conforme a lo establecido en el Código de Procedimiento Penal, como ocurre en este caso. Opinión que esta Sala de la Corte debe fundar en la validez formal de la documentación que acompaña la reclamación, en la demostración plena de la identidad del requerido, en el principio de la doble incriminación, en la equivalencia de la providencia proferida en el extranjero y cuando fuere el caso en el cumplimiento de lo dispuesto por los tratados públicos, sin que ostente repercusiones penales. Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*. Extradición. Fecha: 2 de julio de 1998. Decisión: Se abstiene de considerar petición de suspensión de detención preventiva. Procesado: Bravilo González, Sergio. Proceso: 14022. Publicada: Sí.

Véase también en internet 23

INTERPRETE-Solicitud / NOTIFICACION. Dentro del Libro I, Título IV, Capítulo I del Código de Procedimiento Penal, denominado "Actuación Procesal", se halla el artículo 157 en el que se establece que "las actuaciones deben extenderse por escrito y en idioma castellano; si estuvieren en otro idioma o la persona no pudiere expresarse en castellano, se hará la traducción correspondiente o se utilizará un intérprete".

La notificación de las providencias es la manifestación del principio constitucional de publicidad de las actuaciones que integra el derecho fundamental al debido proceso y no puede confundirse de ninguna manera con el acta de la notificación, pues mientras aquella es el hecho, ésta es la prueba de ese hecho.

La notificación personal es el acto por medio del cual el Estado a través de un servidor público que ejerce jurisdicción para esa específica actuación, entera al sujeto procesal del contenido de una decisión judicial.

La esencia de la notificación deviene entonces del contenido de la información que se suministra al notificado, que no puede hacerse de otra manera que "leyendo íntegramente la providencia a la persona a quien se notifica, o permitiendo que ésta lo haga", tal como lo ordena el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal, y enterada la persona en tal forma está adecuadamente notificada. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Extradición. Fecha: 2 de julio de 1998. Decisión: Niega asignación de intérprete. Procedencia: Gobierno. Ciudad: Italia. Procesado: Benestante, Antonio. Proceso: 13786. Publicada: Sí

Véase también en internet 26

Pág.

LIBERTAD PROVISIONAL / BENEFICIO ADMINISTRATIVO. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es incompetente para reconocer redenciones de pena por trabajo, estudio o enseñanza cuando el propósito de tal reconocimiento sea diferente del de tener en cuenta el lapso redimido para el cómputo total de la sanción para obtener libertad provisional o para que se tenga en cuenta en la demostración de que el procesado se halla en fase de mediana seguridad. Los beneficios administrativos de libertad preparatoria y franquicia preparatoria solo pueden ser concedidos por el Inpec a los internos cuyas sentencias hayan obtenido ejecutoria y que por tanto se denominan condenados respecto de los cuales la única autoridad judicial que puede reconocerles redenciones de pena son los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad o quienes hagan sus veces. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Auto Casación. Fecha: 3 de julio de 1998. Decisión: Se abstiene de reconocer redención de pena. Procesada: Mélida Esther Ruiz Morales. Proceso: 14521. Publicada: Si.

Véase también en internet 31

ACCION DE REVISION-Causal primera. En el marco de esta precisa causal de revisión es necesario que, para derrumbar la intangibilidad de los fallos de instancia, resulte palpable que frente a lo materialmente realizado no pudo haber intervenido el número de personas que aparecen cobijadas con la condena debido a la naturaleza misma del hecho, o que la situación probatoria lo que acredita es que participaron menos de las que aparecen condenadas. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Acción de Revisión. Fecha: 14 de julio de 1998. Decisión: Reconoce apoderado y rechaza *in limine* la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Barranquilla. Procesado: Sénior Borrero, Alexánder. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 14098. Publicada: Si.

Véase también en internet 35

ACCION DE REVISION-Requisitos. Siendo la acción de revisión como reiteradamente lo ha sostenido esta Sala, esencialmente probatoria, a través de la cual se pretende dejar sin sustento la firmeza de la cosa juzgada, es condición ineludible para su admisión, que esta se adecúe a las exigencias normativas del artículo 234 del Código de Procedimiento Penal, con la indicación precisa de la causal que se invoca y de los fundamentos de hecho y de derecho que la viabilizan, debiendo aportar el actor las pruebas demostrativas de los hechos básicos de la petición, de tal mane-

Pág.

ra que todos ellos constituyan una proposición lógica que confrontada con las estimaciones probatorias, fácticas y legales de la sentencia que se pretende revisar demuestren la procedencia del juicio rescindente. Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*. Acción de Revisión. Fecha: 14 de julio de 1998. Decisión: Reconoce apoderado e inadmite la demanda de revisión. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Betancourth Giraldo, Belisario. Delitos: Porte ilegal de armas, Homicidio. Proceso: 14472. Publicada: Sí.

Véase también en internet 45

LEGALIDAD DE LA PENA. Para diferenciar el aún oficioso legítimo, constitucional y necesario ajuste de la sentencia al principio de legalidad, forzado por la ocurrencia de un error judicial, de la retasación indebida de la pena con la cual se derivaría a un incremento gravoso y constitucionalmente intolerable, en decisión reciente la Sala precisó, reiterando su indeclinable criterio unánime, que no todos los eventos de reforma en la pena: "...reconduzcan o puedan reconducir a un problema de legalidad de la sentencia y que por esa vía, entonces, se pudiese llegar al desconocimiento de la reforma en peor. La Corte ha precisado suficientemente cuál es el contorno dentro del cual el juez puede llevar a cabo sus juicios de valor y aplicar el derecho penal. Así como los derechos fundamentales tienen un núcleo esencial intocable y una órbita de regulabilidad que depende de las decisiones políticas del legislador, también las normas de derecho punitivo tienen un marco básico dentro del cual se llevan a cabo los juicios de valoración y apreciación por parte de los jueces, y unas fronteras más allá de las cuales la judicatura no puede transitar. En materia de penas los límites máximo y mínimo, su clase, su previsión previa, su naturaleza principal o accesoria, son impermeables aún frente a la pretendida autonomía del juez o a disposiciones como la proscripción de la reforma en peor. No es pues un concepto de "legalidad" entendido como sinónimo de "ley sustancial", sino a la luz de un significado más hondo en tanto concibe la "legalidad" como principio, es decir, en su función límite e impenetrable para el aplicador de la ley."(sent.oct.28 1997 Rad.9791). Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*. Sentencia Casación. Fecha: 15 de julio de 1998. Decisión: Casa parcial, fija pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Recurrente: Mejía Buriticá, Leopoldo. Delitos: Homicidio. Proceso: 11406. Publicada: Sí.

Véase también en internet 51

ATIPICIDAD/ ANTIJURIDICIDAD/ PECULADO POR APROPIACION. En la teoría finalista la ausencia de dolo genera atipicidad, y la falta de conciencia de la antijuridicidad de la conducta inculpabilidad,

Pág.

de manera que no tiene cabida pensar en la posibilidad de que se estuviera refiriendo a esa orientación. Y de todas maneras, alegar simultáneamente ausencia de dolo y de antijuridicidad es contradictorio. La mención que hace el *a quo* del artículo 665 no es para efectuar la tipificación de su conducta, sino para responder la propuesta de que se aplique el peculado por uso en lugar del de apropiación, de manera que el hecho de que esa disposición haya desaparecido del ordenamiento jurídico en nada afecta la vigencia y aplicación de la norma penal. El texto del artículo 665 es el siguiente:, "Responsabilidad penal por no consignar las retenciones. Los retenedores que no consignen las sumas retenidas, quedan sometidos a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los empleados públicos que incurran en apropiación indebida de fondos del tesoro público. Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de las obligaciones. Para tal efecto, las empresas deberán informar a la respectiva Administración o Recaudación la identidad de la persona que tiene la autonomía suficiente para realizar tal encargo. De no hacerlo, las sanciones recaerán sobre el representante legal de la entidad. En la información debe constar la aceptación del empleado señalado.". Claramente se ve que lo que se quiso hacer con esta disposición fue tipificar como punible la simple no consignación de las sumas retenidas, pero la Corte Constitucional estimó que el Presidente "excedió el límite material fijado en el numeral 5 del artículo 90 de la ley 75 de 1986, que lo facultaba para modificar el texto de las disposiciones, eliminar las normas repetidas o derogadas, 'sin que en ningún caso se altere su contenido'. Así las cosas, la inexequibilidad deja por fuera del orden jurídico la norma, y con ella el precepto que allí se creaba, pero es un error darle el alcance que le da el Ministerio Público, pues entiende que también desaparece el peculado por apropiación para los retenedores que cumpliendo con esa función pública que les encarga la ley, se apoderan de los dineros recibidos. Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. Fecha: 15 de julio de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Recurrente: Arce Luna, Fabio. Delitos: Peculado por apropiación. Proceso: 11290. Publicada: Si.

Véase también en internet 56

CASACION DISCRECIONAL-Desarrollo de la jurisprudencia/ APELACION-Sustentación oral. La solicitud que se examina, de concesión del recurso de casación que ha venido conociéndose como discrecional contemplada en el tercer inciso del artículo 218 del

Pág.

C. de P.P., de exclusivo resorte de la Corte, tiende a demostrar los motivos legales que justifican dar vía libre a la impugnación. En su empeño busca el señor defensor señalar a la Corporación la necesidad del desarrollo de la jurisprudencia en relación con el artículo 196- B de ese ordenamiento, con cuya interpretación pretende además abrir paso a una eventual necesidad de garantizar el derecho al debido proceso previa la anulación parcial de lo actuado.Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*. Casación Discrecional. Fecha: 15 de julio de 1998. Decisión: No concede el recurso de casación. Procedencia: Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito. Ciudad: Santa Rosa de Viterbo. Procesado: Medrano Sánchez, Josué Daniel. Delitos: Abuso de circunstancias de inferioridad. Proceso: 14517. Publicada: SI.

Véase también en internet..... 70

HOMICIDIO-Ley 40 de 1993/ SECUESTRO/ PENA/ VIGENCIA DE LA LEY-Ley 40 de 1993. La Ley 40 de 1993 no sólo se propuso instaurar una infraestructura normativa para combatir el reprobable delito de secuestro, sino que también ordenó directamente la modificación de los tipos básico y especial del delito de homicidio, entre otras disposiciones. Esta ha sido la conclusión unánime y reiterada de la Sala en pronunciamientos tales como los del 21 de noviembre de 1995; 25 de julio y 5 de noviembre de 1996; 17 de junio, 3 de julio, 25 de septiembre, 22 de octubre y 9 de diciembre de 1997; y 4 de febrero de 1998.

Así entonces, en el fallo de casación del 5 de noviembre de 1996, cuya ponencia correspondió al magistrado Carlos Gálvez Argote, en torno a la aplicación de los artículos 29 y 30 de la Ley 40 de 1993, como regulación de conductas autónomas de homicidio simple y agravado, sin sujeción a un nexo con el delito de secuestro, la Sala dijo lo siguiente:

"En sentencias del 5 de noviembre de 1995 y 25 de julio de este año, con ponencias del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda y quien ahora cumple igual función, ha afirmado la Sala que siendo imperativo el acatamiento de la cosa juzgada constitucional, inane resulta suscitar debates sobre asuntos cuya consonancia con la Constitución ya ha sido declarada, como acontece con los incrementos punitivos para los delitos de homicidio, extorsión y secuestro, pues la Corte Constitucional en Sentencia C-565 del 7 de diciembre de 1993, los declaró exequibles, considerando además, que las razones de política criminal que dieron origen a dicha normatividad, se basaron en la necesidad de una mayor drasticidad en la sanción de este tipo de delitos, catalogados dentro de los de lesa humanidad, tanto por su naturaleza como

Pág.

por el daño y su trascendencia dentro de la sociedad.". Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Sentencia Casación. Fecha: 17 de julio de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pereira. Procesado: Morales Molina, Jesús Edurián. Delitos: Porte de armas de defensa personal, homicidio. Proceso: 10747. Publicada: Si.

Véase también en internet 75

REPARACION DEL DAÑO/ INDEMNIZACION INTEGRAL-Plazo para su presentación. Ocurre que la petición de cese por indemnización integral, no obstante ser una causal objetiva de extinción de la acción penal, a diferencia de las demás, es un acto de parte cuya manifestación depende de la propia voluntad del procesado y no de hechos externos o ajenos a él, como ocurre con la muerte o la prescripción, etc. Por lo tanto, esa declaración debe presentarse antes del fallo de casación. El procedimiento penal está caracterizado por una sucesión de actos ordenados que no pueden verse interrumpidos por solicitudes que podrían entorpecer el desarrollo sistemático de la actuación. En tratándose de la ejecutoria de la sentencia de casación, la ley no tiene prevista posibilidad distinta a la de adelantar los pasos orientados a la concreción de ese preciso acto. En esas circunstancias, no cabe duda que la solicitud de cesación de procedimiento en ese momento procesal, resulta totalmente inoperante. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Auto Casación. Fecha: 21 de julio de 1 998. Decisión: No accede a la solicitud de cesación de procedimiento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Delitos: Falsedad en documento privado, fraude procesal, estafa agravada. Proceso: 9660. Publicada: Si.

Véase también en internet 84

FALSEDAD EN DOCUMENTO/ ACTO ADMINISTRATIVO-Publicación/ ANTIJURIDICIDAD/ CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA/ PERJUICIOS. La materialidad de la infracción consiste en falsificar un documento, acción que se manifiesta, como lo ha precisado la jurisprudencia "en la creación total de un documento falso, o en la imitación de uno que ya existe, o simplemente en la alteración del contenido de un documento auténtico. Esa formación total o parcial, puede recaer tanto en documento público como en privado. La publicidad del acto administrativo es la que limita su oponibilidad frente a terceros y lo hace por tanto exigible frente a éstos. En este caso se ha aclarado que la existencia del acto administrativo se predica desde

Pág.

cuando se ha suscrito por el funcionario competente y se han impuesto fecha y numeración al respectivo documento. En cuanto a su publicidad, por las *sui generis* circunstancias del departamento del Chocó, se cumple haciendo circular el instrumento que contiene el acto administrativo por las dependencias oficiales mayormente interesadas o a las cuales corresponda su aplicación para que se informen al público. A partir de tal momento el documento público (que ya tiene tal connotación desde su existencia) adquiere eficacia por haber sido dado a conocer, es decir que se ha cumplido una de las órdenes que él mismo contiene, la de "comuníquese". En tratándose de las circunstancias genéricas de agravación punitiva y dentro de estas, de las de naturaleza objetiva, es decir de aquellas cuya presencia deviene únicamente del contenido fáctico de la conducta, aunque su mención y análisis en la decisión calificatoria es el ideal de calidad que se espera de la administración de justicia, su omisión no impide que se deduzcan en la sentencia, siempre y cuando en la narración de los hechos o dentro del texto de la resolución de acusación se haya mencionado expresamente el hecho o circunstancia que las componen. Artículo 55 del Código de Procedimiento Penal: "Sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios: En todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el funcionario procederá a liquidarlos, para lo cual podrá disponer la intervención de un perito según la complejidad del asunto, y condenará al responsable del asunto de los daños en la sentencia. El perito designado, podrá ser escogido de cualquier lista autorizada para otros despachos o entidades del lugar. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Única Instancia. Fecha: 22 de julio de 1998. Decisión: Condena, líbrese orden de captura. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Mosquera Córdoba, Augusto Cicerón. Delitos: Falsedad material empl. of. en doc. puúblico. Proceso: 6989. Publicado: Sí.

Véase también en internet 88

COLISION DE COMPETENCIA/ COMPETENCIA FUNCIONAL. Al establecer la competencia funcional de la Corte Suprema, el artículo 68-5 señaló que le corresponde conocer "de los conflictos de competencia que se susciten en asuntos de la jurisdicción penal ordinaria entre tribunales o juzgados de dos o más distritos judiciales; entre un tribunal y un juzgado de otro distrito judicial; entre tribunales, o entre un juzgado regional y cualquier juez penal de la República". Y, al señalar los asuntos de competencia de los Tribunales Superiores, omitió considerar el punto de los

Pág.

conflictos de que podían presentarse entre los juzgados penales del circuito con los juzgados penales municipales radicados en un circuito distinto, o entre juzgados municipales de diversos circuitos, pero todos dentro del mismo Distrito Judicial, pues se partió de establecer que las colisiones solamente habrían de suscitarse "entre jueces del circuito del mismo distrito". Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 22 de julio de 1998. Decisión: Dispone remisión del expediente al Tribunal Superior de Cundinamarca. Procedencia: Juzgados Promiscuos. Ciudad: Guaduas y Viani. Procesado: Enciso Salazar, Hugo Javier. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 14400. Publicada: Sí.

Véase también en internet 128

NOTIFICACION-Pliego de cargos. Contrariamente a lo inicialmente afirmado por el censor, es menester reiterar que la notificación del pliego de cargos al procesado (...), quien para ese momento no se hallaba privado de la libertad, se efectuó por estado conforme a lo dispuesto por la normatividad vigente a la sazón que no era otra que el original artículo 440 del Decreto 2700 de 1991, en armonía con el 190 *ibidem*, pues la calificación del respectivo sumario se produjo el 13 de septiembre de 1993 y la modificación introducida al mencionado canon por el artículo 59 de la Ley 81 de 1993 sólo cobró vigencia a partir de la fecha de su expedición, esto es, el 2 de noviembre del mismo año.

Prescribían aquellas normas:

"Artículo 188. Notificación personal al sindicado privado de la libertad y al Ministerio Público. Las notificaciones al sindicado que se encuentre privado de la libertad y al Ministerio Público se harán en forma personal."

"Artículo 190. Notificación por estado. La notificación por estado se hará en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil, cuando no se hubiere podido hacer la notificación personal, habiéndose intentado."

"Artículo 440. Notificación de la providencia calificatoria. La resolución calificatoria se notificará personalmente, cuando sea posible."

Por su parte, es disposición de la ley procesal civil que la inserción en el estado se haga pasado un día de la fecha del auto.

Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Sentencia Casación. Fecha: 23 de julio de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta.

Pág.

Recurrente: Paredes Hernández, Miguel Angel. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 10845. Publicada: Si.

Véase también en internet 134

DILIGENCIAS. Es de precisarse que la prohibición de realizar registros nocturnos desapareció con la entrada en vigor del Decreto 050 de 1987, estatuto que regía cuando se practicó el que es objeto de cuestionamiento, pudiéndose cumplir a cualquier hora, y que su validez, por tanto, no puede verse afectada por la circunstancia de haber sido practicado en las horas de la noche, además de que esta limitación no regía cuando mediaba consentimiento del morador (Cfr. art. 356 Decreto 409 de 1971). Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*. Sentencia Casación. Fecha: 23 de julio de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesadas: Alvarán Valencia, Mery; Ramirez Alvarán, Angela Maria, Ramírez Alvarán, Luz Vianey. Delitos: Homicidio, conservación ilegal de armas de uso privativo. Proceso: 11640. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 144

FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO-Factura. El tipo penal de falsedad en documento privado que contiene el Código Penal en su artículo 221, señala: "el que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno (1) a seis (6) años". Es pues, como lo han señalado reiterativamente la jurisprudencia y la doctrina un tipo penal de dos actos que exige para su consumación no solo la alteración de la verdad que conste en un documento privado, sino la utilización de ese documento.

El uso del documento privado es el natural que tendría el documento legítimo, es decir su utilización como prueba de aquello que por su naturaleza está en aptitud de poder demostrar.

La factura, tal como la define el Código de Comercio en su artículo 772, es un título valor, que además no puede librarse si no corresponde a una venta efectiva de mercaderías entregadas real y materialmente al comprador, por lo que una vez aceptada por el comprador se considerará frente a terceros de buena fe exenta de culpa, que el contrato de compraventa ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título, según lo dispone el artículo 773 del mismo Código, que además advierte que a las facturas se aplicará, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio-artículo 779 *ibídem*. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 23 de julio de 1998. Decisión: Declara competencia al Juzgado 2° Penal del Circuito de Medellín. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito. Ciudad: Rionegro. Procesado: Cañón Villacorte, Jorge Enrique. Deli-

Pág.

tos: Hurto agravado, estafa, falsedad en documento privado. Proceso: 14565. Publicada: Sí

Véase también en Internet 165

CASACION-Causal tercera/ DEBIDO PROCESO-La no vinculación de una persona. El recurso de casación es extraordinario y rogado y no un mecanismo oficioso de control de la legalidad de las sentencias y, mucho menos, una tercera instancia, donde el actor pueda lanzar todo tipo de argumentos para replicar los del fallador, en procura de obtener que la Corte revise el expediente, contrariando así la finalidad de la impugnación. Cuando se trate de violación del debido proceso, se debe demostrar la existencia de una irregularidad sustancial que socave su estructura, por ejemplo, la falta de apertura de la instrucción, la no vinculación del procesado por cualquier medio legal, la ausencia de la etapa del juicio, la inasistencia del fiscal a la diligencia de audiencia pública, seguir el procedimiento ordinario cuando se solicitó y se dan los requisitos de procedibilidad del trámite abreviado para sentencia anticipada, etc. El hecho de que no se hubiese vinculado al proceso a una persona, no constituye una irregularidad sustancial que afecte su estructura y que traiga como consecuencia la ineficacia de la actuación. Además, tal omisión podría subsanarse con la expedición de copias. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Sentencia Casación. Fecha: 23 de julio de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Ocampo Velasquez, Alberto. Delitos: Estafa, falsedad en documento público, falsedad en documento privado. Proceso: 14304. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 170

RESOLUCION DE ACUSACION/ CIRCUNSTANCIAS GENERICAS DE AGRAVACION PUNITIVA. La resolución de acusación es el pliego concreto y completo de cargos, precisados tanto fáctica como jurídicamente, que se hacen al procesado para que frente a ellos ejerza el derecho de defensa. Pero para que tal garantía tenga cabal operancia, el acusado debe tener certeza sobre las imputaciones hechas, motivo por el cual no se le puede responsabilizar en la sentencia por circunstancias agravantes no deducidas en el calificatorio. Con relación a las agravantes genéricas, el criterio de la Corte ha sido el de que, como norma general, deben ser imputadas en el pliego de cargos, salvo las objetivas, esto es, aquellas evidentes con la sola narración del aspecto fáctico del proceso. Pero existen otras circunstancias que

Pág.

requieren de una valoración o análisis previos a su deducción, como "el motivo innoble o fútil", "la preparación ponderada del hecho punible"., etc, en las cuales se deben señalar claramente los presupuestos fácticos que las contienen o mencionarlas en la forma como lo hace la ley, así no se indique ésta en concreto. (Véase, entre otras, casación 10.746 de febrero/98 y 11.248 de abril/98). Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Sentencia Casación. Fecha: 27 de julio de 1998. Decisión: Casa parcialmente en el sentido de suprimir los agravantes. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Olaya López, Humberto. Delitos: Lesiones personales culposas, homicidio culposo. Proceso: 9857. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 180

RESOLUCION DE ACUSACION. La Sala ha reiterado la fuerza vinculante que tiene la resolución de acusación ejecutoriada en un sistema procesal penal con tendencia acusatoria como el colombiano, en la medida en que no puede ser desconocida por el juzgador con argumentos apriorísticos, y al concretar los hechos por los que se llama a juicio delimita la competencia y fija el marco de referencia para el ejercicio del derecho de defensa o la terminación anticipada del proceso (arts. 37 inc. final, 38 y 39 del C. de P. P., modificados por los arts. 3°, 6° y 7° de la Ley 81/93). Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll*. Auto Colisión de Competencias. Fecha: 28 de julio de 1998. Decisión: Asigna competencia al Juzgado Regional de Medellín. Procedencia: Juzgado 18 Penal del Circuito. Ciudad: Medellín. Procesado: Hernández Gallego, Chesley. Delitos: Extorsión, porte de armas de defensa personal, tentativa de extorsión. Proceso: 14208. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 189

PROCESO-Peticiones/ ETAPA DE JUZGAMIENTO /CESACION DE PROCEDIMIENTO-Causales objetivas. Cuando el proceso se encuentra en la etapa de juzgamiento únicamente es viable invocar o decretar la cesación de procedimiento por causales objetivas de improseguibilidad de la acción penal, como la prescripción de la misma, la muerte del procesado, la oblación, el desistimiento, la amnistía, la conciliación, etc., pues todas ellas impiden a la Administración de Justicia hacer un pronunciamiento distinto a la terminación de la actuación procesal, por lo cual deben ser declaradas en el momento en que surjan o el funcionario se percate de su existencia, de manera que la única valo-

Pág.

ración probatoria permitida es la tendiente a establecer su ocurrencia. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Auto Segunda Instancia. Fecha: 28 de julio de 1998. Decisión: Confirma providencia por medio de la cual se negaron peticiones: Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesados: Tolosa Cañas, Jorge Lucas. Zambrano, Nohora Esperanza. Borbón Molano, Mario Humberto Exjuez Laboral. Delitos: Prevaricato, peculado. Proceso: 13024. Publicada: Sí.

Véase también en Internet..... 198

JUSTICIA PENAL MILITAR-En casación. La legislación procesal penal colombiana estatuye en materia de casación, artículo 440 del Código Penal Militar para el caso, que la causal alegada y los cargos sean formulados por separado, expresando en forma precisa y clara los fundamentos de cada uno, las normas que se estimen quebrantadas y el concepto de la violación; permite formular cargos excluyentes, pero éstos deben plantearse en forma separada y de manera subsidiaria. Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Sentencia Casación. Fecha: 28 de julio de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior. Ciudad: Militar. Recurrente: Niño Vivas, Julio. Delitos: Peculado por apropiación, favorecimiento de fuga. Proceso: 9932. Publicada: Sí.

Véase también en Internet..... 207

PECULADO POR EXTENSION. El bien jurídico objeto de la tutela penal no sólo comprende los deberes de fidelidad, lealtad, probidad y diligencia en la custodia y administración de los bienes que a los servidores públicos se les confían por razón de sus funciones, sino también los intereses de carácter patrimonial que incumben al Estado. Tales consideraciones son aplicables al peculado por extensión, a través del cual también se tutela el patrimonio público y subsiste el deber de lealtad y fidelidad por parte del particular encargado de la administración o custodia de bienes relacionados con el Estado, en la forma prevista en el precepto. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Sentencia Casación. Fecha: 29 de julio de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Sánchez Rincón, Joaquín Armando. Delitos: Peculado por apropiación. Proceso: 9641. Publicada: Sí.

Véase también en Internet..... 214

RESOLUCION DE ACUSACION/ INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA/ PRUEBA TRASLADADA. 1. La resolución de acusación, en

Pág.

el sistema procesal, es pieza fundamental de la actuación. La Ley, por esa razón, no solamente regula sus presupuestos procesales (art. 438 C.P.P.) sino sus requisitos sustanciales (art. 441 id.) y su estructura formal (art. 442 *idem*.). Ella tiene por objeto garantizar en el proceso su unidad jurídica y conceptual así como delimitar el ámbito en que van a desenvolverse el juicio y la sentencia y, por eso mismo, marca las pautas del contradictorio. 2. Establece el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal: "Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país, podrán trasladarse a otra en copia auténtica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este Código". (...). Del contenido de la norma se desprende, que es posible trasladar las pruebas que han sido practicadas válidamente dentro de una actuación disciplinaria, esto es, que no hayan sido desconocidas o anuladas allí por ilegales, siendo importante determinar, además, que en su aducción y contradicción se hayan tenido en cuenta todas las ritualidades y formalidades previstas por la ley, que se haya garantizado su publicidad, que no sean prohibidas y, para efectos de su traslado, que haya una providencia que así lo ordene, es decir, que se erigen en una clara voluntad del funcionario judicial en cuanto a incorporarlas o admitirlas en el proceso penal. En materia penal la prueba trasladada está regulada expresamente por el Estatuto Procesal Penal, por lo tanto no hay lugar a acudir, para efectos de su validez, a la normatividad civil, ni mucho menos adicionarle requisitos que la ley procesal penal no ha impuesto. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Sentencia Casación. Fecha: 29 de julio de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrentes: González Náder, Mauricio. Puentes Morales, Hidelbrando. Torres, José Omar. Delitos: Concusión. Proceso: 10827. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 228

AUDIENCIA DE CONCILIACION-Oportunidad. A propósito de la oportunidad para pedir la conciliación, que menospreció interesadamente el procesado, tratando de obtener una declaratoria de no culpabilidad por la vía normal del proceso judicial, la Sala aprovecha para precisar que la petición de audiencia de conciliación puede introducirse hasta antes de que termine la audiencia de juzgamiento. Pues bien, como la conciliación está prevista dentro del capítulo destinado a la acción penal, como mecanismo de terminación anticipada del proceso, fácilmente se advierte que dicho objetivo sólo es viable si se intenta antes de que finalice la

Pág.

audiencia de juzgamiento, única manera de armonizar la disponibilidad de las partes, como forma de participación en las decisiones que los afectan, y el carácter público y permanente de la función de administrar justicia que incumbe al Estado (Const. Pol., arts. 2° y 228). Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Sentencia Casación. Fecha:29 de julio de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Sincelejo. Procesado: Botero Angel, Jorge Ernesto. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 12224. Publicada: Sí

Véase también en Internet 249

INVESTIGACION INTEGRAL/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ FRAUDE PROCESAL. 1. Cuando se alega la conculcación del principio de investigación integral no basta que quien lo propone relacione una serie de pruebas que se dejaron de practicar, así mencione lo que con ellas se hubiera podido demostrar. Es necesario que una y otra circunstancia enfrenten la lógica del fallo que se recurre, en cuanto ello constituye la única manera de probar que los medios de convicción que se echan de menos habrían logrado una orientación distinta de la sentencia, ya que es ella la que finalmente se busca destronar. 2. Al invocar la causal primera, cuerpo primero -violación directa de la ley sustancial- de acuerdo con la técnica casacional no es admisible que el recurrente cuestione la realidad probatoria asumida por los falladores de instancia, ni la valoración otorgada a los elementos de convicción que sirvieron de base para edificar la sentencia. La discusión del cargo debe fincarse en aspectos de puro derecho. Por lo tanto, el recurrente debe aceptar la prueba en la forma como fue valorada por el fallador porque su disentimiento gira es en torno de su conclusión jurídica. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Sentencia Casación. Fecha: 4 de agosto de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesados: Castro Lozano, Jorge Enrique. Zambrano Caicedo, Eduardo. Orozco Lourido, Jaime. Delitos: Fraude procesal, estafa agravada, tentativa de estafa. Proceso: 13864. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 261

IN DUBIO PRO REO/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. En el caso del artículo 445 del Código de Procedimiento Penal, -in dubio pro reo-, cuando el sentenciador reconoce la duda pero en lugar de absolver condena, se debe demandar por violación directa de la ley sustancial por falta de aplicación. Cuando en el fallo se rechaza la existencia de la

Pág.

duda por estimar que hay prueba de certeza, el cargo se tiene que presentar por violación indirecta de la ley sustancial, por error de hecho (falsó juicio de existencia o de identidad), o de derecho (falso juicio de legalidad o de convicción), como consecuencia de lo cual se llegó a la falta de aplicación de la norma citada. Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Auto Casación. Fecha: 11 de agosto de 1998. Decisión: Rechaza la demanda de casación. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. Procesado: Yepes Llevano, Luis Armando. Delitos: Homicidio preterintencional. Proceso: 13081. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 304

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ CASACION. No es pues a manera de una *inoportuna* retractación como se ventila en sede de casación el fallo proferido para dar por terminado anticipadamente el proceso, puesto que como lo ha reiterado la Sala, si en tal evento no le es permitido al defensor o al procesado recurrir en apelación de la sentencia por motivos diferentes a los previstos en el artículo 37B-4 del Código Procesal Penal, acontece lo mismo con el recurso extraordinario cuando bajo similares presupuestos se demanda en casación. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Auto Casación. Fecha: 11 de agosto de 1998. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda de casación. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Restrepo Aristizábal, Adriana María. Delitos: Secuestro extorsivo. Proceso: 13563. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 307

DEBIDO PROCESO/ INDEMNIZACION-Oportunidad. Si el procesado puede poner fin al proceso, indemnizando en los eventos aludidos por el artículo 39 del estatuto, y si el mismo motivo no extingue la pena, es porque la lógica del proceso supone que ello se produzca antes de que se defina la relación sustancial. Y esto no ocurre, como se dijo en la decisión recurrida, frente a causales objetivas que dependen de hechos ajenos a la voluntad del acusado, y que, agréguese, son también causas de extinción de la pena, que no solamente de la acción. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Auto Casación. Fecha: 12 de agosto de 1998. Decisión: No revoca auto del 21 de julio por medio del cual se negó. cesación de procedimiento. Recurrente: Villamarín Valero, José Gonzalo. Proceso: 9660. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 312

Pág.

JUSTICIA PENAL MILITAR/ ACCESO CARNAL VIOLENTO. Para la existencia del fuero militar no basta con que se tenga la calidad de miembro activo de la fuerza pública al ejecutar el hecho punible, sino que es necesario, además, que el delito esté sustancialmente ligado con la actividad militar o policial desarrollada por el sujeto agente. Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. Fecha: 12 de agosto de 1998. Decisión: Casa, decreta nulidad. Procedencia: Tribunal Superior. Ciudad: Militar. Procesado: Galvis Vargas, Robert. Delitos: Acceso carnal violento. Proceso: 11907. Publicada: Sí. Salvamento de Voto Dr. *Edgar Lombana Trujillo*.

Véase también en Internet 316

APELACION/ TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA. Volver en sede de apelación o de casación sobre los cargos que han sido aceptados de manera tan abierta y voluntaria por el procesado, con la garantía de la presencia activa del defensor técnico, significaría propiciar una retractación que implícitamente está prohibida por la limitación del objeto del recurso que, según el texto entonces vigente del numeral 4 del artículo 37B del C. de P. P. (art. 5°, Ley 81 de 1993), apenas podía referirse a la dosificación de la pena, el subrogado de la condena de ejecución condicional, el pago de perjuicios y la extinción del dominio sobre bienes. Si la apelación está circunscrita a estos aspectos, según lo dice la norma citada, entonces obviamente el recurso de casación no puede pronunciarse sobre temas vedados al tribunal de segunda instancia, pues, como lo dice el artículo 218 del C. de P. P., dicha impugnación extraordinaria recae sobre la sentencia de segundo grado. El sustento de la condena en el juicio especial de sentencia anticipada radica, de un lado, en la posición directa y genuina del procesado de aceptar la acusación y, de otra parte, en la valoración de mérito negativo sobre los requisitos de la preclusión de investigación o cesación de procedimiento. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Sentencia Casación. Fecha: 12 de agosto de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Rojas Ladino, José Miguel. Delitos: Homicidio. Proceso: 10524. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 335

PARTE CIVIL. De conformidad con el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal se encuentran legitimadas para ejercer la acción de resarcimiento de los daños causados por el hecho punible, las personas naturales o jurídicas perjudicadas, o los herederos

Pág.

o sucesores de aquellas, o el Ministerio Público o el actor popular cuando se afecten intereses colectivos, norma que guarda total armonía con la obligación prevista en el artículo 36 del llamado Estatuto Anticorrupción, pues ésta sólo se presenta cuando, además de tratarse de delitos contra la administración pública, es la persona jurídica de derecho público la perjudicada. La obligación de constituirse en parte civil en procesos en que se investiguen punibles de los ya mencionados no surge por el simple hecho de que el proceso exista o por la comunicación que prevé el inciso 2° del precitado artículo 36; el imperativo para la administración de presentar demanda de aquella naturaleza se evidencia sólo en cuanto adquiera el carácter de agraviada, pues es éste el que la legitima para intervenir como sujeto procesal que busca el resarcimiento de los perjuicios causados con la infracción. En sentido contrario, aun cuando se trate de procesos referidos a hechos punibles contra la administración, la persona jurídica de derecho público no está obligada a constituirse en parte civil si no es la damnificada con el delito. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Unica Instancia. Fecha: 18 de agosto de 1998. Decisión: Rechaza la demanda de constitución de parte civil Ministerio Relaciones Exteriores. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Sánchez Juliao, David Ramón. Delitos: Abuso de autoridad, injuria, abuso de función pública. Proceso: 14029. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 347

ACCION DE REVISION-Causal primera. 1. La acción de revisión procede por los motivos taxativamente fijados en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, teniendo por principal objetivo atacar las sentencias pasadas por autoridad de cosa juzgada, con fundamento en las específicas circunstancias condicionantes allí determinadas, que en la mayoría de los casos son extrínsecas al proceso originario y por ende ajenas a yerros fácticos o jurídicos directamente derivados del pronunciamiento constitutivo del fallo. 2. Concretamente, en relación con la primera causal señalada en el precepto en cita, ha precisado la Sala en auto del 19 de agosto de 1997, que: "Las dos hipótesis a que ella se refiere, esto es, que el delito no podía cometerse sino por una sola persona, o que la infracción sólo podía realizarse por un número menor al de las personas condenadas, dicen relación a aquéllos casos en que no obstante ser indiscutible en razón a la naturaleza y características de la delincuencia objeto de juzgamiento y los hechos que probatoriamente se hayan acreditado en la sentencia, el fallador condena a varias personas cuando la conducta imputada sólo podía ser obra de una de ellas o ser cometida por un número inferior

Pág.

de las que fueron sentenciadas. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Acción de Revisión. Fecha: 18 de agosto de 1998. Decisión: Reconoce apoderado y rechaza *in limine* la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Sincelejo. Procesado: Revollo Vitola, Judith Mirellis. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 14572. Publicada: Sí.

Véase también en Internet..... 350

CASACION-Causal primera. La causal de casación instituida por el numeral 1° del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal contempla dos factores de vulneración de la norma de derecho sustancial: uno a causa de violación directa, en donde el censor dirige su razonamiento jurídico a demostrar la falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de la norma frente a los hechos definidos por el sentenciador, que acepta al igual que su apreciación probatoria.

El segundo también resulta de la conculcación de la ley sustancial, pero originada en error de apreciación de determinada prueba, por lo cual se conoce como violación indirecta, donde ha de especificarse y demostrarse si el fallador incurrió en yerro de hecho, al ignorar un medio de convicción que estaba debidamente incorporado o suponer el que no obraba en el proceso (falso juicio de existencia), o cuando se tergiversa su sentido (falso juicio de identidad); o si cayó en error de derecho, surgido de un falso juicio de legalidad proveniente de un vicio en la incorporación de la prueba que, a pesar de ello, es considerada, o porque se la repudia sin razón válida; o en falso juicio de convicción, que por regla general deviene improcedente, al no estar instituida en el sistema nacional la tarifa legal de pruebas. Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Auto Casación. Fecha: 18 de agosto de 1998. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Sincelejo. Procesado: Medina Ortega, Rodrigo Carmelo. Delitos: Porte de armas de defensa personal, homicidio. Proceso: 12571. Publicada: Sí.

Véase también en Internet..... 355

LIBERTAD PROVISIONAL-Cualificación del delito. Si bien es cierto el artículo 72 del C.P. ha señalado una serie de requisitos para que el procesado pueda optar por la libertad condicional, extensivos a esta forma de libertad provisional, ellos son concatenados e imprescindibles en su concurrencia. Es decir, al faltar uno, se quiebra el lazo conductor que permitiría conceder la libertad física antes del cumplimiento de la totalidad del tratamiento peni-

Pág.

tenciario. Por ello, la entidad y cualificación del delito por el que se condena, las circunstancias en que se desarrollaron los hechos y la modalidad en que ocurrieron, así relatado en la sentencia condenatoria, la cual es una determinación que hace parte de la realidad procesal existente hasta ahora en el trámite penal y que debe servir de norte hasta tanto se dicte el fallo de casación, es lo que permite colegir la imposibilidad de llegar a un pronóstico favorable sobre la readaptación social del procesado. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Casación Libertad Reposición . Fecha: 20 de agosto de 1998. Decisión: No repone. Procesado: Molano Calderon, Enrique. Proceso: 13259. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 361

PECULADO POR APROPIACION/ CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS/ ERROR DE HECHO/ FALSO JUICIO DE IDENTIDAD. 1. Para la tipificación de la conducta prevista en el citado artículo 146 del Código Penal no es necesario que el contrato ilegalmente tramitado pertenezca a una categoría determinada, o esté regulado por un régimen jurídico específico; lo que realmente cuenta es que haya sido celebrado por el servidor público en ejercicio de sus funciones, con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, y sin el cumplimiento de sus requisitos legales esenciales. La estructura del tipo penal que define el delito no permite diferenciar entre contratos administrativos entendidos en sentido estricto y los que carecen de esta connotación, ni menos pregonar, a partir de una tal categorización, que la previsión normativa opera en relación con los primeros, con exclusión de los últimos. 2. El error de hecho por falso juicio de identidad derivado de la distorsión del contenido material de una determinada prueba, es sustancialmente distinto del que se origina en el establecimiento de su mérito, de naturaleza igualmente fáctica, pero de contenido diverso. El primero surge cuando el juzgador al apreciar la prueba distorsiona su expresión fáctica poniéndola a decir lo que ella materialmente no dice. Es de carácter objetivo, contemplativo, y su demostración implica hacer evidente no sólo que los fallos apreciaron la prueba contrariando su materialidad, sino que este desacierto condujo a una decisión contraria a la ley. El segundo tiene ocurrencia cuando el fallador, en el proceso de fijar racionalmente el mérito de la prueba, se aparta caprichosamente de las reglas de la sana crítica, declarando por este modo unos hechos distintos de los que revela la verdad procesal. Es de carácter apreciatorio, y su demostración presupone acre

Pág.

ditar que la apreciación realizada por los juzgadores se aparta de los postulados de la lógica, la ciencia o la experiencia, y que de no haberse presentado, la decisión habría sido sustancialmente distinta. 3. La sentencia no es una rueda suelta en el proceso. Su estructura conceptual está delimitada por el pliego de cargos. El intérprete no puede pretender que el funcionario judicial asuma en la sentencia la doble función de acusador y juzgador. Por consiguiente, si se pretende una correcta comprensión de la cuestión debatida, resulta imprescindible interrelacionar estas dos piezas procesales, de igual manera como se impone vincular en el estudio de una providencia en concreto, las distintas partes de las cuales está compuesta (fáctica, probatoria, considerativa y resolutiva) en procura de determinar su alcance. Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E. Arboleda Ripoll.* Sentencia Casación. Fecha: 20 de agosto de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pereira. Recurrente: Mejía Salazar, Eduardo. Delitos: Peculado por apropiación, estafa, celebración indebida de contratos. Proceso: 10295. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 363

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA. El inusitado deterioro de la moral pública, hacen que las autoridades competentes deban ejercer la potestad punitiva del Estado en su máxima expresión, en eventos como el que ocupa la atención de la Sala, pues en tratándose de delitos contra la administración y la fe pública, no puede menos la administración de justicia, que actuar con el máximo celo en el ejercicio de la función constitucional y legal, pues mal puede perderse de vista que ante los niveles alarmantes de corrupción administrativa en que se debate el país, lo menos que se puede hacer ante este gigantesco flagelo, es aplicar la administración de justicia con rigurosidad, en orden a que se cumplan las potestades coercitivas del Estado. Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo.* Casación -Libertad-. Fecha: 25 de agosto de 1998. Decisión: Niega libertad provisional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Recurrente: Sánchez Ramírez, Luz Adriana. Delitos: Peculado por apropiación, falsedad ideológica en documento público. Proceso: 12884. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 390

NULIDAD-Oportunidad para solicitarla/ CONTUMAZ/ DEFENSOR DE OFICIO/ TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ AUDIENCIA ESPECIAL/ INVESTIGACION INTEGRAL. 1. Limitándola

hasta el término de traslado para preparar la audiencia pública, el Código de Procedimiento Penal, en desarrollo del principio de preclusión, ha establecido la oportunidad de que gozan los sujetos procesales para solicitar nulidades (artículos 306 y 446), de modo que si no es dentro de ella, y salvo la facultad oficiosa que tiene el funcionario judicial para decretarlas, sólo pueden ser invocadas o debatidas en el recurso de casación. 2. "...si el acusado, por razones varias se resiste a estar a derecho, es de ver que asume la condición de contumaz o rebelde, situación que como es simple intuir no tiene el efecto de paralizar la función jurisdiccional penal ni el de afectar el trámite del debate pues éste prosigue con el nombramiento de un defensor de oficio..." (Sentencia de febrero 15 de 1993. M.P. Dr. Jorge Enrique Valencia M.). "De manera que cuando el inculpado de un delito perseguible de oficio se sustrae voluntariamente al deber de comparecer ante los jueces para responder por sus actos, no puede luego alegar la invalidez del proceso por una omisión sólo atribuible a su comportamiento, es decir, mal puede aducir su propia decisión de no comparecer". (Sentencia de octubre 11 de 1995. M.P. Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*). 3. Dentro de la dinámica que le es propia al mecanismo procesal de la audiencia especial, ésta puede ser convocada a iniciativa del Fiscal o del procesado; pero, como se trata precisamente de un instrumento transaccional "sobre la adecuación típica, el grado de participación, la forma de culpabilidad, las circunstancias del delito, la pena y la condena de ejecución condicional, la preclusión por otros comportamientos sancionados con pena menor, siempre y cuando exista duda probatoria sobre su existencia" el mismo ordenamiento (Art. 37 A parágrafo 2°, inciso 2° del C. de P.P.) dispone que, "el fiscal no estará obligado a concurrir a la audiencia cuando advierta que existe prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales puede versar el acuerdo", lo cual significa que no es imperativo del Fiscal convocar o asistir a la audiencia. Tratándose entonces de audiencia especial queda a la discrecionalidad del Fiscal, y sólo de él, porque no hay posibilidad alguna de realizarla en el juicio, convocarla o no, concurrir a ella o dejar de hacerlo; pero esa potestad de no asistir a dicho acto se sujeta a la consideración de que la transacción no tendría ningún objeto por existir prueba suficiente sobre los aspectos referidos en el artículo 37A como materia de acuerdo. Si el fiscal, en el supuesto ya mencionado, no está obligado a concu-

Pág.

rrir a la audiencia, es apenas obvio que bajo esa misma consideración de existencia de "prueba suficiente en relación con los aspectos sobre los cuales puede versar el acuerdo" tampoco está obligado a convocarla cuando el procesado se la solicita. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos A. Cálvez Argote*. Auto Segunda Instancia. Fecha: 25 de agosto de 1998. Decisión: Confirma providencia por medio de la cual entre otras decisiones negó nulidades. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Neiva. Procesados: Cuéllar Botello, Gerardo. Díaz Castro, Hernando. Silva Ruiz, Mauricio. Trujillo, Héctor Ramiro. Delitos: Prevaricato, falsedad documental, peculado, concierto para delinquir. Proceso: 13808. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 393

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY / CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. No importa, para efectos de precisar el concepto de la violación, los motivos que pudieron haber llevado al juzgador a la transgresión de la disposición sustancial; lo que realmente cuenta es la decisión que el juzgador adopte en relación con ella. En este orden de ideas, si la norma es aplicada debiendo no serlo o inaplicada debiendo serlo, habrá llanamente aplicación indebida o falta de aplicación, según cada caso, independientemente de que al error se haya llegado porque el juzgador se equivoca sobre su existencia, validez, o alcance. 2. Tradicionalmente ha sido dicho por la Corte que los factores condicionantes del otorgamiento de la condena de ejecución condicional son de naturaleza objetiva y subjetiva, y que la acreditación de los primeros (clase de pena y duración) constituye presupuesto necesario para poder avanzar en la constatación de los últimos, cuyo análisis ha sido dejado por la ley al juicio prudente y equilibrado del funcionario judicial. También ha sostenido que los aspectos que componen el factor subjetivo (personalidad, naturaleza y modalidades del hecho), deben conjugarse positivamente en favor del acusado para que el sustituto pueda ser otorgado, y que el Juez en el estudio de ellos goza de un amplio margen de discrecionalidad, operable en el marco de la racionalidad y el buen juicio, sin llegar a pecar de insólita rigidez o excesiva largueza, que puedan perjudicar al procesado o sembrar incertidumbre o desconfianza en la comunidad (Cfr. Casación de abril 24/92. Mag. Pte. Dr. Gómez Velásquez). Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*. Sentencia Casación. Fecha: 25 de agosto de 1998. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio, fija multa.

Pág.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesados Bejarano, Flor Nubia. Ramírez Cardona, Hebler. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 9993. Publicada: Si.

Véase también en Internet 116

PROCURADOR. La intervención del Ministerio Público ante los Juzgados Penales y Promiscuos del Circuito, bien se ejerza por Procuradores Judiciales I, que debería ser lo regular, o por Procuradores Judiciales II, como medida temporal, debe necesariamente circunscribirse al ejercicio de sus funciones dentro de los límites que le son dados por la competencia atribuida a los Jueces ante quienes se actúa, incluyéndose como extremo de dichas facultades la posibilidad de recurrir por vía de apelación la sentencia e inclusive de sustentar oralmente este recurso ante el ad quem, ya que las determinaciones adoptadas por esas colegiaturas en segunda instancia, previo el reparto, forzosamente deben notificarse a los Procuradores Judiciales Penales II que en cada caso fungen ante los Tribunales Superiores de Distrito, toda vez que son éstos los únicos habilitados por el literal b) del art. 91 de la Ley 201 de 1995 para "Intervenir en los procesos de que conoce en primera y segunda instancia la Sala Penal del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial" y, por ende, quienes en representación del Ministerio Público podrían recurrir extraordinariamente las sentencias. De este modo se mantiene incólume la representación del Ministerio Público dentro de los procesos penales, cuya presencia resulta constitucionalmente imperativa en la protección de las garantías fundamentales y el orden jurídico, debiéndose tener en cuenta que por la naturaleza que le es propia a la Procuraduría como órgano de control, esta intervención es escalonada, como que no comporta una directa sujeción a un proceso en particular y mucho menos una responsabilidad hasta su culminación, en la medida en que ella depende de la autoridad y momento en que se produce su intervención procesal, sin que desde luego pueda confundirse la parte como sujeto procesal que es representada, con el individuo que en cada caso desempeña este rol, es decir, que la representación está antes y por encima de la persona que encarna su ejercicio. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Recurso de Hecho. Fecha: 25 de agosto de 1998. Decisión: Deniega por improcedente el recurso de hecho interpuesto por el Procurador 20. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesados: Beltrán Delgado, José

Pág.

María. Zambrano Cárdenas, Mariela. Delitos: Enriquecimiento ilícito. Proceso: 14540. Publicada: Si.
Véase también en Internet 426

SUSPENSION DE LA DETENCION PREVENTIVA. La suspensión de la detención preventiva o de la ejecución de la pena, implica como hecho condición que el procesado o condenado se encuentre privado efectivamente de su libertad, situación que ha de cumplirse en el asunto en el cual pide el reconocimiento del referido derecho. La razón es obvia, pues no se puede adoptar determinaciones referentes a la libertad física de quien no la padece o se encuentra a disposición de otro asunto. Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Auto Casación. Fecha: 25 de agosto de 1998. Decisión: Se abstiene de emitir pronunciamiento de fondo sobre la suspensión de la detención. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Rodríguez, Guillermo Enrique. Delitos: Falsedad material de particular en doc. púb., estafa, fraude a resolución judicial, fraude procesal. Proceso: 11139. Publicada: Si.
Véase también en Internet 432

LIBERTAD CONDICIONAL. El instituto de la libertad condicional, se encuentra actualmente doblemente regulado por lo dispuesto en el artículo 72 del C.P. y el artículo 1° de la Ley 415 de 1997, que introdujo al estatuto sustantivo el artículo 72 A, en el cual se establece que, "con excepción de los delitos de: enriquecimiento ilícito; homicidio agravado o lesiones personales agravadas por virtud de las causales 2, 4, 5 y 8 del artículo 30 de la Ley 40 de 1993; secuestro, extorsión; hurto calificado; los delitos dolosos previstos en la Ley 30 de 1986; los delitos previstos en el Decreto-ley 2266 de 1991, excepto los de porte ilegal de armas para la defensa personal, interceptación de correspondencia oficial, utilización ilegal de uniformes o insignias y amenazas personales o familiares; los delitos previstos en la Ley 190 de 1995, excepto el cohecho por dar u ofrecer, prevaricato y utilización indebida de información privilegiada; los delitos previstos en la ley 360 de 1997 y en la Ley 365 de 1997; y los delitos conexos con todos los anteriores, los cuales continuarán bajo el régimen del artículo 72 del Código Penal, para los demás delitos el beneficio de libertad se concederá de la siguiente manera: El juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas (3/5) partes de la condena, siempre que haya observado buena

Pág.

conducta en el establecimiento carcelario. Parágrafo. Salvo que exista orden de captura vigente en su contra, no podrá negarse el beneficio de libertad condicional atendiendo a los antecedentes penales o a circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia para dosificar la pena o negar la condena de ejecución condicional". Magistrado Ponente: Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Casación -Libertad-Reposición. Fecha: 27 de agosto de 1998. Decisión: No repone providencia por medio de la cual se negó libertad. Procesado: Gutiérrez Clavijo, Guillermo Arturo. Delitos: Violación Ley 360 de 1997. Proceso: 14561. Publicada: Si.

Véase también en Internet 435

ACTO PROCESAL-Oportunidad. La oportunidad de un acto procesal evoca no sólo al tiempo, sino al modo de su producción, de manera que para que tenga eficacia, ha de ser efectuado de la manera exigida por la ley, dentro del término respectivo. Estos presupuestos de tiempo y de modo pertinentes, los impone la necesidad del orden en la conjugación de los diversos estadios procesales, dando así seguridad a los intervinientes, que sabrán a qué atenerse en el desenvolvimiento del debate, sin estar expuestos a incidencias sorpresivas, al tiempo que garantiza la efectividad de los actos y las decisiones de los jueces, al igual que la economía procesal. Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Casación -Libertad-Reposición. Fecha: 27 de agosto de 1998. Decisión: Se abstiene de emitir pronunciamiento de fondo. Recurrente: Botero Torres, Martha Cecilia. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 12664. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 440

SENTENCIA/ REPOSICION-Procedencia. La normatividad nacional señala en el artículo 211 del Código de Procedimiento Penal la irreformabilidad e irrevocabilidad de la sentencia por parte del mismo Juez o Sala de decisión que la hubiere dictado.

La norma citada no hace más que reconocer el carácter definitivo, para el Juez o Sala que lo profirió, del acto procesal denominado sentencia, en cuanto emitido con apego a la Constitución y a la ley, expresa una forma concreta de solución de un problema jurídico, que a partir de tal momento es intangible para ese funcionario.

Establecido que la sentencia es un acto procesal irreformable e irrevocable por el Juez o Sala de Decisión que la dictó, resulta entonces evidente la improcedencia del recurso de reposición contra una decisión que por decidir de manera definitiva sobre el objeto del proceso se define como sentencia.

Pág.

El recurso de reposición que está contemplado en el artículo 199 del Código de Procedimiento Penal procede únicamente "contra las providencias de sustanciación que deban notificarse y contra las interlocutorias de primera o única instancia", evidencia normativa que excluye las sentencias como actos procesales susceptibles de tal forma de impugnación. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Unica Instancia. Fecha: 27 de agosto de 1998. Decisión: Declara improcedente el recurso de reposición. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Mosquera Córdoba, Augusto Cicerón. Delitos: Falsedad material empl. of. en doc. publico. Proceso: 6989. Publicada: Si.

Véase también en Internet 443

CASACION/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ ERROR DE DERECHO/ FALSO JUICIO DE LEGALIDAD. El sistema del recurso de casación en Colombia prevé una causal específica para atacar las sentencias por supuesta ilegalidad de los medios de convicción, cuando dice que hay lugar al recurso por violación de una norma de derecho sustancial, bien sea merced a una agresión directa ora por haber mediado una apreciación errónea de determinada prueba (causal 1ª). Es lo que la doctrina jurisprudencial ha denominado *violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho como falso juicio de legalidad*. La aplicación de esta causal primera, por vía indirecta, no puede depender de la contingencia del número de pruebas presuntamente afectadas por la ilegalidad, o de que las que contienen el vicio sean real o virtualmente el único fundamento de la sentencia cuestionada. Lo importante es que esta vía específica, por referirse al manejo del caudal probatorio, contiene una regulación más completa de los hechos anómalos que realmente ocurren en el proceso. En efecto, la prueba no es un fin en si misma sino un medio regulado por la ley, sometido siempre al criterio del funcionario judicial, a través del cual se busca la certeza sobre los hechos con apariencia delictiva y la responsabilidad del procesado. Por tal razón, el Código de Procedimiento Penal habla de "pruebas *que conduzcan* a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado"; se refiere al rechazo de las pruebas "*que no conduzcan* a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso"; y alude a que las pruebas serán apreciadas en conjunto por el funcionario judicial, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, mediante una exposición razonada del mérito que le asigne a cada medio de convicción (arts. 247, 250 y 254. Se ha resaltado). De modo que si la prueba está destinada a ser apreciada en una determinada decisión judicial, en el caso que

Pág.

pueda alegarse seriamente una anomalía en su formación, validez o eficacia, la irregularidad sólo sería completa cuando se le estima por el funcionario como fundamento de la respectiva determinación. Por ello, cuando apenas se alegan disfuncionalidades en la admisión, producción, asunción o valoración de la prueba, la proposición del cargo aparece incompleta, porque en realidad e integralmente se trata de un error que comienza con características de *in procedendo* (regularidad del procedimiento probatorio), pero culmina como *in iudicando* (mérito de la decisión), precisamente cuando el juez o tribunal ponderan una prueba que debió desestimarse por ilegal. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Sentencia Casación. Fecha: 27 de agosto de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Recurrente: Ramírez Hincapié, Luis Gustavo. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 10951. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 446

COLABORACION EFICAZ-Acuerdo con el Fiscal. Es bien sabido además, que para acceder a alguno de los beneficios por colaboración consagrados en la referida Ley 81, es inexorable presupuesto que medie un acuerdo con el Fiscal General de la Nación o el fiscal que este designe, como también que exista previo concepto del Procurador General de la Nación o su delegado, estando sujeto el mismo a la aprobación de la autoridad judicial competente (artículo 369A del Decreto 2700 de 1991, adicionado por el artículo 44 de la citada Ley). Magistrado Ponente: Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Sentencia Casación. Fecha: 27 de agosto de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Recurrente: Gahona Toro, Luis Fernando. Delitos: Tentativa de homicidio agravado. Proceso: 9882. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 458

LEGITIMA DEFENSA/ INIMPUTABILIDAD. Propugnar por la legítima defensa implica optar por la petición de absolución, mientras que la declaratoria del estado de inimputabilidad parte de la aceptación del juicio de responsabilidad, aunque pretenda la sanción con pena de naturaleza distinta a la establecida para el hecho punible tal como se imputó en la sentencia acusada. Vale decir, son censuras contrapuestas con objetivos jurídicos distintos, que debieron proponerse en capítulos separados, sin que la situación logre remediarse porque la petición casacional contenga dentro de la mixtura que ofrece, ambas opciones. Magistrado

Pág.

Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*. Auto Casación. Fecha: 27 de agosto de 1998. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Procesado: Londoño Mazo, Germán Darío. Delitos: Homicidio. Proceso: 12603. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 463

NULIDAD-De la prueba. Debe observarse que la pretendida ilegalidad en la aducción de la prueba no afecta la validez del proceso en sí mismo, salvo que además de ser medio de comprobación constituya presupuesto procesal de otras actuaciones, como es el caso de la indagatoria, razón por la cual el error consistente en apreciar pruebas ilegalmente acopiadas no es propiamente un yerro *in procedendo* sino *in iudicando* o de juicio, de manera que no conduce a nulidad del proceso sino a que eventualmente, si existe trascendencia, se case el fallo y se dicte uno de reemplazo, en el cual no se tengan en cuenta esos medios de convicción. Lo que sería nulo, de llegar a acreditarse lo argüido, es la prueba ilegalmente aducida y no el proceso. Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Auto Casación. Fecha: 27 de agosto de 1998. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesados: Torres Cuero, Nielsen. Riomaña Arroyave, Franklin Enrique. Delitos: Secuestro extorsivo. Proceso: 12753. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 468

NULIDAD-Fallo de sustitución/ PERJUICIOS. Si bien el artículo 229 del Código de Procedimiento Penal dispone que cuando la nulidad afecte "exclusivamente la sentencia impugnada", la decisión del recurso es casar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo, tal hipótesis solamente se puede aplicar cuando con ello no se afecten garantías de los sujetos procesales, y lo lógico en el evento de falta de motivación es que tuvieran oportunidad de conocer las razones de la condena para poder impugnar. Sobre este punto, la Corte al explicar el reenvío de un proceso en el que se decretó la nulidad de la sentencia por defectos de motivación, dijo: "Se actúa de esta manera, con el fin de preservar el derecho que tienen todos los sujetos procesales de conocer la motivación de la sentencia, para, si no están de acuerdo con ella, interponer los recursos pertinentes. Dictar fallo de sustitución en este caso concreto, implicaría la pretermisión de una instancia porque la motivación que hiciera la Corte jamás podría ser controvertida" (Cas. Penal, sent. febrero 7 de 1994, M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz). La imposibilidad de acumular indemnizaciones origina-

Pág.

das en el contrato y en el delito la descartó con suma claridad el Tribunal en la confirmación de ese punto de la sentencia, y para advertirlo basta leer lo que expresa sobre el particular en los siguientes apartes:. "Y si lo anterior es así, como debe aceptarse que lo es, los perjuicios valorables dentro del proceso penal no pueden ir más allá de las consecuencias propias de los hechos delictivos" (...). "De manera que pretender la inclusión como secuela de los delitos investigados para efectos de la estimación de los perjuicios causados, de aspectos tales como el daño emergente y el lucro cesante, en el primer caso por la paralización de trabajos, por las medidas cautelares que en principio se decretaron con motivo de la demanda que Saldarriaga formuló en San Andrés, y en razón del lucro cesante determinado igualmente por esos fenómenos relacionados con el incumplimiento y la demanda fundada en hechos no reales, pretender la inclusión de esos factores, se repite, equivaldrían ni más ni menos que tratar de obtener de la justicia un doble pago por las mismas razones. Lo cual desde luego no puede patrocinar el fallador del proceso penal". Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. Fecha: 27 de agosto de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Francis Bernard, Wilbert. Delitos: Uso de documento público falso, falsedad ideológica en documento público, Fraude procesal. Proceso: 12802. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 473

VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY. El quebranto indirecto de la ley sustancial puede tener como génesis errores de hecho o de derecho. Los primeros se generan por falsos juicios de existencia (por suposición u omisión de la prueba) y de identidad (cuando se tergiversa o distorsiona su contenido fáctico). Los segundos, por falsos juicios de convicción que ocurren en tres casos: cuando existiendo tarifa legal, el fallador no le reconoce a la prueba el valor que la ley le da, o cuando le otorga uno que ésta le niega; o cuando no existiendo tarifa, el sentenciador erróneamente aduce que el medio probatorio tiene valor de plena prueba porque así lo establece determinada norma legal; o cuando no obstante señalar la ley prueba especial, el juzgador declara probado el hecho con un medio de prueba diferente (ver, entre otras, casación 12812 abril/98. M.P. Dr. Ricardo Calvete Rangel); y de legalidad (cuando han sido practicadas o incorporadas al proceso con vulneración de las normas que condicionan su validez). Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Auto Casación.

Pág.

Fecha: 27 de agosto de 1998. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesados: Franco Henao, Carlos Mario. Patiño, José Domingo. Valencia Lopez, Victor Manuel. Delitos: hurto calificado y agravado, porte de armas de defensa personal. Proceso: 13222. Publicada: Si.

Véase también en Internet 494

IN DUBIO PRO REO/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ SANA CRITICA. en relación con la duda, la Sala reitera que existen dos alternativas para su reclamación: la primera, cuando el sentenciador la admite en relación con la existencia del hecho o la responsabilidad del procesado, pero, sin embargo, condena, caso en el cual el ataque debe formularse bajo los postulados de la violación directa. La segunda, cuando el fallo no la reconoce y, por tanto, condena, pero el recurrente demuestra a la Sala su existencia, por haberse incurrido en error de hecho o de derecho, o cuando la admite inexistiendo y, por consiguiente, absuelve, casos en los cuales debe invocarse bajo los lineamientos de la violación indirecta. Darle credibilidad a unas pruebas y negársela a otras no configura desatino, sino que es el ejercicio de un poder discrecional conferido al juez por la propia ley y sólo limitado por la sana crítica, pudiendo, por ende, al analizar conjuntamente los medios de convicción acoger, para fundar su decisión, los que le merezcan credibilidad y desechar los otros. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Auto Casación. Fecha: 27 de agosto de 1998. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda y declara desierto el recurso. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Rodriguez Espinosa, Maria Romy. Delitos: Hurto agravado, falsedad en documento privado. Proceso: 13336. Publicada: Si.

Véase también en Internet 502

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. En tratándose de yerro en la adecuación típica dentro de un mismo capitulo o especie delictiva, lo procedente es la invocación de la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial, pues no se trata de un error en la selección del género sino de la especie delictiva. Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*. Sentencia Casación. Fecha: 27 de agosto de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Martínez

Pág.

Montoya, Diego Augusto. Delitos: Falsedad material de particular en doc. público Proceso: 9790. Publicada: Sí.
Véase también en Internet 507

LEGALIDAD DE LA PENA-Dosificación de la pena/ CONCURSO. Es claro que el principio de legalidad de la pena (art. 1° C. P.) guarda estrecha relación con el artículo 26 del estatuto punitivo, cuando se está frente a un concurso de hechos punibles, pues este precepto es uno de los puntos de referencia que permite establecer los topes mínimo y máximo dentro de los cuales puede moverse razonablemente el juzgador al fijar la sanción, una vez seleccionada desde el punto de vista cualitativo. La interpretación de dicha norma, la cual dice que el procesado "quedará sometido a la que establezca la pena más grave aumentada hasta en otro tanto", ha sido apuntada desde tiempo atrás por la Corte, que en providencia del 2 de julio de 1985, M. P. doctor Alfonso Reyes Echandía, señaló: "Determinado así el delito base, se procederá a dosificar la pena correspondiente teniendo en consideración todos los factores señalados por el artículo 61 del Código Penal. Hecha está concreción punitiva, aumentará dicha pena de acuerdo con el número y gravedad de los demás delitos concurrentes; sin embargo, al realizar esta labor tendrá en consideración tres limitantes complementarias; conforme a la primera, la pena del delito base no podrá incrementarse más allá del doble del máximo previsto para aquél; el 'otro tanto' que menciona el artículo 26 del Código Penal, no se refiere a la pena aplicable por el delito base, sino al máximo de la establecida para éste; de acuerdo con la segunda, el monto total de la pena imponible por todos los delitos en concurso no podrá exceder la suma que correspondería fijar para cada uno de los delitos concurrentes si se sancionasen en forma separada, limitación esta explicable porque la institución del concurso delictivo se inventó precisamente para eludir la suma aritmética de penas (esa es la esencia de la llamada acumulación jurídica de penas); conforme a la tercera limitante, en ningún caso la pena privativa de la libertad que resulte de las operaciones precedentes dentro del mecanismo punitivo concursal, podrá superar..." (la duración máxima de la pena). Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Sentencia Casación. Fecha: 27 de agosto de 1998. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio en cuanto a la pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Marta. Recurrente: Amado Montoya, Jorge. Delitos: Doble homicidio culposo. Proceso: 11045. Publicada: Sí.
Véase también en Internet 517

Pág.

AGENCIA OFICIOSA PROCESAL. La "agencia oficiosa procesal", prevista en el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil no es evidentemente norma aplicable al procedimiento penal, lo cual se constata con una simple lectura de su texto. En cambio, cuando el procesado está en incapacidad económica o "social", lo procedente es la designación de un defensor público, según lo contemplan los artículos 140 del Código de Procedimiento Penal y 21 de la Ley 24 de 1992, la cual desarrolla el artículo 283 de la Carta Política, sobre organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo. Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*. Acción de Revisión. Fecha: Decisión: Inadmite el poder, oficia a la Defensoría para que designe apoderado. Procesado: Correa Alzate, Jairo. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 12629. Publicada: Sí. Véase también en Internet 527

ACCION DE REVISION-Requisitos. Es cierto que con la acción de revisión se persigue remover la condición de cosa juzgada de una sentencia, o de una decisión de preclusión o cesación de procedimiento, pero cuando se quiere cuestionar el mérito dado a las pruebas la causal aplicable es la tercera, y siempre "que aparezcan hechos nuevos o surjan pruebas, no conocidas al tiempo de los debates", pues no se trata de tramitar una tercera instancia y repetir el análisis de los elementos de juicio ya apreciados, que es lo que en este caso pretende el abogado con lo que llama "un nuevo debate probatorio".

El numeral 3°. del artículo 234 del Código de procedimiento Penal señala como requisito para la instauración de la acción, que el escrito contenga "La causal que invoca y los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud". Esto presupone que la pretensión del accionante sea procedente mediante la revisión, y que invoque la causal prevista en la ley para ese fin, de modo que si alguno de estos aspectos no se cumple, la demanda no puede ser admitida.

La expresión utilizada por la causal segunda, en el sentido de que la revisión procede cuando la sentencia condenatoria se hubiere dictado en un proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, o por falta de querella válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal, se refiere a causales de la misma clase, es decir, objetivas, tales como la conciliación, la indemnización integral, el desistimiento etc., obviamente en los casos en que ellos proceden y con el cumplimiento de todos los requisitos.

Pág.

Si no fuera así, significaría que las alegaciones expuestas por las partes durante el proceso se podrían repetir acudiendo a la acción de revisión, que ya no sería "de revisión" sino de una "nueva apelación", y el principio de la cosa juzgada no tendría ninguna importancia, porque simplemente no existiría.

El artículo 234 *ibidem* no dice que los requisitos que debe reunir el escrito mediante el cual se instaura la acción de revisión sean puramente formales, ni esa palabra puede ser tomada tan superficialmente que signifique que no se puede mirar el contenido, de ahí que se entienda como obligatorio darle trámite a cuanto absurdo se le ocurra al libelista. No es así, todo lo contrario, si además de la improcedencia explicada en los puntos anteriores, se encuentra que por ejemplo, se aportaron pruebas inconducentes, o que por su escaso valor no tienen ninguna posibilidad de afectar la decisión que se ataca, o se partió de afirmaciones que no corresponden a la realidad procesal, etc., la demanda debe ser rechazada. Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Acción de Revisión-Reposición. Fecha: 1° de septiembre de 1998. Decisión: No repone providencia mediante la cual se rechazó la demanda de revisión. Procesado: Pardo Hernández, Carlos Arturo. Proceso: 14385. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 530

LIBERTAD PROVISIONAL/ PREVARICATO. Se tiene que según el artículo 55 de la Ley 81 de 1993, que modificó el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, son causales de libertad provisional y por lo tanto se tiene derecho a ella, "1° Cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados los requisitos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia. Salvo lo dispuesto en el artículo 417 de este Código la libertad no podrá negarse con base en que el detenido provisionalmente necesita tratamiento penitenciario". No se pone el duda que frente a esta causal, el legislador quiso que la libertad del procesado sea la regla general, pero condicionándola a que se cumplan ciertos requisitos mínimos, que para el caso remite al artículo 68 del Código Penal que contempla el subrogado de la condena de ejecución condicional. También se consagró la excepción al derecho, que consiste en que aquél que se halle privado de su libertad provisionalmente, es decir, sin fallo condenatorio ejecutoriado, no tendrá derecho a la excarcelación, así cumpla con los requisitos ya mencionados, en los casos expresamente determinados en el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal. Ha sido también tendencia del legislador, propender por las garantías fundamentales del recluso, consagrando nuevas prerrogativas

para evitar el hacinamiento y la violación de los derechos humanos, mediante la ampliación de los beneficios tanto judiciales como administrativos, desde luego sin sacrificar los derechos de la sociedad que en principio es la más afectada con el hecho punible. Por ello, los preceptos apuntan a que en las conductas delictivas de menor trascendencia social, sus autores gocen de ciertos privilegios, salvo en circunstancias especiales que imponen su exclusión con rigor, siendo necesario su tratamiento penitenciario de acuerdo con la correspondiente sanción, cuando su personalidad así lo aconseje. Se excluye de ese concreto beneficio liberatorio, a quienes por la naturaleza y modalidad del hecho punible, es decir, por su gravedad, el juez llega a la inequívoca conclusión de que su autor merece ser mantenido privado de su libertad, pues su personalidad le impide realizar un pronóstico favorable a su permanencia en el seno social y por lo mismo, requiere de tratamiento penitenciario, sin que ello constituya como se afirma, la consagración del criterio peligrosista y tampoco del desconocimiento del derecho fundamental a la libertad, pues, se reitera, la ley así lo dispone y el artículo 28 de la Carta Política prevé su restricción "en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley". Ante la prohibición contenida en el artículo 417 del Código de Procedimiento Penal para obtener la libertad provisional frente a las conductas taxativamente señaladas en su numeral 4°, la Corte al realizar su interpretación sistemática, puntualizó que "resulta un contrasentido, que una persona que cumple el requisito de la pena y no requiere de tratamiento penitenciario, tenga que esperar en detención hasta la sentencia condenatoria para que le puedan conceder la libertad. Como se trata de eventos en los cuales la sanción es arresto o prisión que no exceda de tres años, descontará en prisión toda la pena o una buena parte de ella, mientras se llega a la sentencia, para que allí le reconozcan que no requería estar en prisión el tiempo que ya estuvo". El delito de prevaricato previsto en el artículo 149 del Código Penal (modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995), permite la excarcelación provisional del procesado, con fundamento en el numeral 2° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, cuando se reúnen los requisitos del artículo 1° de la Ley 415 de 1997 (artículo 72 A del Código Penal), pues expresamente se le excluye del régimen del artículo 72 del Código Penal, en cuyo caso, no podrá negarse atendiendo los antecedentes penales (sentencia condenatoria ejecutoriada) o las circunstancias agravantes (genéricas o espe-

Pág.

cíficas) tenidas en cuenta por el fallador al momento de tasar la pena o también para negar el subrogado de la condena de ejecución condicional, salvo que exista en su contra orden de captura vigente, pues en tal evento, la libertad provisional pretendida deberá ser analizada con fundamento en los requisitos objetivos y subjetivos a que se refiere el artículo 72 del Código Penal, esto es, que haya cumplido las dos terceras partes de la pena impuesta o llevare en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito que se le imputa, habida consideración de la calificación que debería dársele, vale decir, el mismo que se requiere para obtener la libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla. Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*. Auto Segunda Instancia. Fecha: 1° de septiembre de 1998. Decisión: Confirma providencia mediante la cual se negó libertad. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Rojas Rodríguez, Julio César. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 14828. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 534

INDICIO. "Cuando de prueba indiciaria se trata, como sustancialmente ocurre en el presente caso, se puede impugnar la fuente del indicio (la prueba en sí) o la inferencia lógica que a partir de la misma hace el juzgador en busca del hecho desconocido o indicado. Si se acoge lo primero, el casacionista debe acudir a los errores de derecho o de hecho y endilgarle alguno de estos al sentenciador en su tarea de apreciación o valoración de esos medios probatorios; si a lo segundo, el censor debe -como tiene dicho la jurisprudencia- demostrar que la 'inferencia lógica' hecha por el fallador -realmente constitutiva de indicio- no merece tal calificativo, vale decir que esa deducción o inferencia fue irracional o caprichosa. 'No bastan, pues, y por ello resultan enteramente inidóneas, las meras apreciaciones que sobre dicho aspecto probatorio haga el censor, como queriendo hacer prevalecer su personal modo de ver sobre el panorama procesal que muestra en la sentencia el funcionario judicial, cuyo criterio, es bien sabido, corres protegido por la doble presunción de legalidad y acierto y que sólo puede ser derrumbado si se demuestra que se erige en yerros ostensibles sobre la misma ley o en torno a las pruebas'." (M.P. Dr. Guillermo Duque Ruiz- agosto 31 de 1994). Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. Fecha: 1° de septiembre de 1998. Decisión: No Casa. Procedén-

Pág.

cia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Recurrentes: Castaño Tamayo, Hernando de Jesús. Arévalo Arévalo, Reinaldo. Sánchez Bedoya Luis Afonso. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 10316. Publicada: Sí.
Véase también en Internet 548

LIBERTAD CONDICIONAL/ ANTECEDENTES. Tiene dicho la Corte que el otorgamiento de la libertad condicional, cuyo análisis provisional se procura por incidir en el derecho a la excarcelación, conlleva la concurrencia de una doble labor de diagnóstico y pronóstico sobre el inculpado, recayendo la primera sobre la reunión de las exigencias de personalidad, buena conducta carcelaria y antecedentes de todo orden, y presuponiendo la segunda un juicio de valor sobre la readaptación social y buena conducta futura. En esa doble labor no resulta suficiente los criterios a que se hizo alusión con antelación, esto es, las referencias sobre el comportamiento carcelario, las actividades allí realizadas y la ausencia de antecedentes, pues siendo obligado el estudio sobre los "antecedentes de todo orden" que pueda registrar el implicado y que en concreto han de revelarse al interior del proceso, no cumpliría la judicatura su misión si se mostrase ajena a la necesidad de consultarlos, lo que la obliga a tomar particular interés en el análisis conjunto de los rasgos de personalidad y antecedentes individuales, familiares, sociales y, en general, de comportamiento, con el propósito de determinar si ha operado en realidad una rehabilitación. Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Casación -Libertad-. Fecha: 1° de septiembre de 1998. Decisión: Niega libertad provisional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Domínguez Garrido, Juan Carlos. Delitos: Hurto calificado y agravado. Proceso: 14265. Publicada: Sí.
Véase también en Internet 565

SANA CRITICA. Debe la Sala insistir en que no es admisible un ataque a las sentencias de los Tribunales orientado a controvertir la valoración probatoria que el juez le haya dado a los diversos medios de prueba obrantes en el proceso, toda vez que al no estar prefijado en la ley un determinado valor para ellos, de ningún cuestionamiento es susceptible el criterio apreciativo en que se funda el sentenciador, el cual debe tener exclusivamente como parámetros de análisis las reglas que informan el sistema de la sana crítica, esto es, la lógica, la experiencia o la ciencia, siendo evento distinto el de que el sentenciador desconozca estas reglas a la hora de valorar la prueba, pues en estos casos

Pág.

hipotéticamente procedería el ataque por error de hecho por falso juicio de identidad, como reiteradamente lo viene sosteniendo la jurisprudencia de la Sala. Por ende, si la propia ley no ha prefijado el valor o mérito de convicción que debe otorgársele por parte del juez a una prueba, es consecuencia necesaria de ello que un ataque casacional por error de derecho acusando un falso juicio de esta naturaleza no sea posible y que, entonces, los fundamentos esgrimidos para demostrarla carezcan igualmente de sentido jurídico, máxime cuando, como sucede en este caso, la discusión sobre dicho valor de las pruebas, trae como argumentos un presunto fraccionamiento de los testimonios que conduciría a un error pero de hecho por falso juicio de identidad, en el entendido de que al proceder de este modo, el sentenciador tergiversó el real contenido objetivo de esta prueba. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Auto Casación. Fecha: 2 de septiembre de 1998. Decisión: Rechaza *in limine* la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Salazar Muñoz, Luis Carlos. Delitos: Homicidio agravado. Proceso: 13748. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 568

POLICIA JUDICIAL-Diligencias/ TESTIMONIO/ SANA CRITICA. Cuando una persona es perseguida por la autoridad porque acaba de cometer un delito y es capturada, la simple lógica indica que, en muchas ocasiones, se hace indispensable ponerla a la vista de quienes fueron sus víctimas o de quienes presenciaron el hecho para que manifiesten si se trata o no de su autor y así evitar la sindicación de personas inocentes. No sería razonable exigir el cumplimiento de formalismos que, en ese instante, serían de imposible observancia, lo que no obsta para que el señalamiento que se haga sea recogido a través del informe policivo y de los testimonios de las personas que lo hicieron, sea tenido como medio de convicción y apreciado conforme a las reglas de la sana crítica. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Sentencia Casación. Fecha: 2 de septiembre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Medellín. Procesados: Bermúdez, Jonader. Zapata, Carlos Alberto. Delitos: Hurto calificado y agravado, Porte ilegal de armas de defensa personal y homicidio agravado. Proceso: 10106. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 573

PRESCRIPCION/ DESERCION. El artículo 74 del C.P.M., señala el término de prescripción de la acción para los delitos tipificados en

ese Estatuto, advirtiendo que en ningún caso ese fenómeno se producirá en lapso inferior a cinco (5) años, excepto en el delito de deserción, para el cual fija como término el de dos (2) años. Por su parte el artículo 77 *ibidem* establece la interrupción de ese término reduciéndolo a la mitad del previsto en el artículo 74 primeramente mencionado, con la ejecutoria de la resolución de convocatoria del consejo verbal de guerra, que es la providencia en la cual el Estado le formula los cargos al procesado para garantizarle su derecho de defensa, sin hacer expresa mención al delito de deserción, de donde se colige que a partir de la ejecutoria de la resolución que le formula el cargo al procesado el término es también de dos (2) años, pues el juez, obligado intérprete de la Ley no está llamado a crear condiciones diversas a las establecidas en ella, menos aún, cuando su tenor literal es de tan meridiana claridad. No obstante tratarse de un procedimiento breve y sumario establecido para algunas infracciones contrarias al servicio, a la seguridad y a la administración de justicia que dentro del régimen castrense afectarían notoriamente la disciplina de no ser investigadas y reprimidas con celeridad y efectividad, que reduce sensiblemente el tiempo para la instrucción y el juzgamiento de esos hechos punibles en contraste con otros, no desconoce la guarda de las garantías de defensa, como parece entenderlo el casacionista al plasmar su extrañeza por el emplazamiento "sin previo aviso" del acusado y su declaratoria de persona ausente, con la consiguiente designación de defensor de oficio. En ninguna parte la disposición legal en comentario consagra la obligación para el investigador, de dar previo aviso al sindicado para exigirla si no ha comparecido a la investigación para ser oído en indagatoria; el precepto impone al funcionario el deber de emplazarlo, declararlo persona ausente y proveerle un defensor de oficio, y ello fue justamente lo que acaeció en el caso concreto, en aplicación de un mandato, no por expedito, desconocedor de la garantía de la defensa. Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*. Sentencia Casación. Fecha: 2 de septiembre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior. Ciudad: Militar. No recurrente: Blanco Vizcaíno, Fabián Antonio. Delitos: Deserción. Proceso: 13520. Publicada: Sí.

Véase también en internet 582

NULIDAD/ ERROR DE DERECHO/ FALSO JUICIO DE CONVICCION/ SANA CRITICA. No cualquier deficiencia argumentativa en la fundamentación de una decisión judicial es de suyo suficiente para viciar de nulidad el acto procesal. La Corte ha venido sosteniendo que sólo cuando no existe materialmente motiva-

Pág.

ción, o existiendo es incompleta, equivoca o ambivalente, siendo necesaria para el aseguramiento de las garantías fundamentales del debido proceso o el derecho de defensa, es posible su estructuración. Error de derecho por falso juicio de convicción en la apreciación del testimonio de (...).

Esta modalidad de error sólo puede tener cabida en un sistema de tarifa legal, es decir cuando es la ley la encargada de regular el mérito y aptitud demostrativa del elemento probatorio, pues se presenta cuando el juzgador, al determinar su valor, desconoce las normas jurídicas que contienen esta tasación.

Al interior de un régimen de apreciación racional o sana crítica, donde la ley entrega al Juez la facultad de apreciar la prueba, no es jurídicamente posible la estructuración de esta clase de desaciertos, toda vez que la valoración se hace ya no frente a normas legales que establezcan su mérito, sino a la luz de las reglas de la sana crítica, siendo sólo factible que pueda presentarse cuando el fallador equivocadamente considera que un determinado medio probatorio tiene tarifa legal no teniéndola.

En el sistema penal colombiano rige el principio de persuasión racional, es decir, que es el Juez el llamado a establecer la fuerza persuasiva de los medios de prueba, entre ellos del testimonio. De allí que el planteamiento del actor resulte totalmente equivocado, en cuanto no existe norma legal sobre la cual haya podido recaer el error denunciado, ni el cargo se apoya en una eventual suposición tarifaria. Magistrado Ponente: Dr. *Fernando E.Arboleda Ripoll*. Sentencia Casación. Fecha: 2 de septiembre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Gutiérrez Delgado, Julio Ramón. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 9913. Publicada: Sí.

Véase también en internet 591

REDENCION DE PENA. De acuerdo con el artículo 80 de la Ley 65 de 1993 corresponde al Inpec determinar los trabajos que deban organizarse en cada centro de reclusión, "los cuales serán los únicos válidos para redimir la pena", facultad que fue desarrollada en la Resolución No. 3272 de 1995 cuyo artículo 2° prevé como tales la actividad industrial, agrícola, pecuaria, artesanal, de mantenimiento, de servicios y de labores públicas. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Casación -Libertad-. Fecha: 7 de septiembre de 1998. Decisión: No concede libertad provisional. Procesado: Adarve Manrique, Joel Antonio. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 14117. Publicada: Sí.

Véase también en internet 601

Pág.

ACCION DE REVISION-Rechazo/ ACCION DE REVISION-Prueba nueva. Si bien el art. 235 del C. de P.P. dispone dentro del trámite propio de la acción de revisión, que cuando la demanda no reúne los requisitos a que se refiere el art. 234 *ibidem*, ella será "inadmitida" mediante auto interlocutorio, la jurisprudencia ha entendido que esta expresión no es exclusiva ni excluyente y por ende, que puede aceptarse otras semejantes tales como "rechazada" o "desestimada", que justamente resultan sinónimas y equivalentes en el preciso sentido que comprende una tal determinación, esto es, que la demanda se presenta como inidónea o inepta para promover el adelantamiento del proceso revisorio. Así también, las normas procesales penales que actualmente nos rigen no han contemplado en materia de revisión la posibilidad de adoptar respecto del escrito sustento de esta acción, decisiones diversas a los autos de admisión o rechazo *in limine* de la demanda, por ende, no existe en esta materia el simple rechazo o la inadmisión que posibilita subsanar los defectos de la misma dentro de un término judicial o legal. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Acción de Revisión -Reposición. Fecha: 8 de septiembre de 1998. Decisión: No repone. Procesado: Morales García, César Augusto. Proceso: 14392. Publicada: Sí.

Véase también en internet 604

PRINCIPIO DE PRECLUSION. En el régimen legal vigente en nuestro sistema jurídico impera para los sujetos procesales el principio de preclusividad, según el cual, el proceso se desarrolla en una secuencia de actos procesales que deben ejecutarse dentro del plazo precisamente señalado para ellos, y que por consiguiente, al expirar el término contemplado para la específica actividad de dichos sujetos, no puede ya realizarse porque su oportunidad ha precluido. Vale decir, la preclusión traduce la clausura de un determinado tracto procesal y cierra la posibilidad de ejercer un determinado derecho, y también la de cumplir una específica carga procesal que debió colmarse en un lapso preestablecido. Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*. Casación Discrecional-Reposición. Fecha: 8 de septiembre de 1998. Decisión: No repone. Procesado: Iglesias Martínez, Manuel Antonio. Proceso: 14357. Publicada: Sí.

Véase también en internet 608

ACCION DE REVISION-Requisitos. El artículo 232 del C. de P.P. contempla las causales que hacen procedente la acción de revisión, especificando que la providencia susceptible de este control posterior al establecimiento de la cosa juzgada, es la senten-

Pág.

cia ejecutoriada, mientras que el artículo 234 de la misma codificación fija los parámetros para la instauración de la acción, a la vez que el artículo 235 *ibidem* indica el trámite a que se halla sujeta la demanda ante la Corte.

De acuerdo a esta sistemática preceptiva, la acción de revisión intentada cuando el proceso penal ha sido definitivamente fallado, solo procede contra la sentencia; y según el numeral 3o. del citado artículo 234, es imperativo para el demandante, señalar, de entre las taxativas causales, la que encuadre el evento concreto de su interés y correlativamente, exponer los fundamentos de hecho y de derecho en que apoya su solicitud. Sin estos supuestos de forma, la demanda corre el riesgo de ser inadmitida. Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia*. Acción de Revisión. Fecha: 8 de septiembre de 1998. Decisión: Reconoce apoderado y rechaza *in limine* la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Martínez de Escobar, Bétty Nancy. Delitos: Falsedad material de particular en doc. púb. Proceso: 14754. Publicada: Si.

Véase también en internet 611

BENEFICIO ADMINISTRATIVO. La Sala ha sostenido en forma reiterada que el estudio de la redención de pena (artículos 530 y ss. del Código de Procedimiento Penal) y la concesión de los beneficios administrativos de que trata la ley 65 de 1993 y demás disposiciones complementarias, no le corresponde a esta Corporación, no sólo por no ser de su competencia, sino por no encontrarse aún ejecutoriada la sentencia. Las únicas excepciones al reconocimiento de redención de pena en sede del recurso extraordinario, son las contempladas expresamente por los artículos 5° del Decreto 1542 de 1997, y 415.2 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 55 de la Ley 81 de 1993); esto es, para efectos del permiso de setenta y dos (72) horas contemplado en el artículo 147 de la ley 65 de 1993 -siendo claro que la concesión o negación de este beneficio administrativo corresponde a los directores de los centros de reclusión-; y para acreditar la parte cumplida de la pena, con miras a obtener la libertad provisional solicitada con fundamento en el artículo 415.2° del Código de Procedimiento Penal. Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*. Auto Casación. Fecha: 8 de septiembre de 1998. Decisión: Se abstiene de considerar redención de pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Sanabria Pulgarín, Siervo de Jesús. Delitos: Tentativa de homicidio, porte ilegal de armas, Homicidio. Proceso: 12227. Publicada: Si.

Véase también en internet 616

Pág.

HOMICIDIO-Ley 40 de 1993, constitucionalidad/ SECUESTRO/ PENA. El artículo 29 de la citada Ley modificó la pena para el delito de homicidio simple, sin perjuicio de que éste fuera o no conexo con el de secuestro. Vale decir, la ley en referencia, agravó la pena para los delitos de secuestro y homicidio, que consideraba de mayor lesividad a los bienes jurídicos protegidos por el Estado, fueran o no cometidos conjuntamente. Ello resulta claro de la regulación punitiva que contiene la ley para los casos de concurso y para los casos de delito unitario. Es así como el artículo 1°. de la Ley comentada señala una pena privativa de la libertad de 25 a 40 años y multa de 100 a 500 salarios mínimos mensuales para el delito de secuestro extorsivo, mientras que el numeral 11 del artículo 3°. establece como circunstancia que agrava en ocho a veinte años esa pena, "cuando por causa o con ocasión del secuestro le sobrevenga a la víctima la muerte o lesiones personales". Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo Páez Velandia.* Sentencia Casación. Fecha: 9 de septiembre de 1998. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio en cuanto a la pena accesoria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Durán Yepes, Mario. Delitos: Tentativa de homicidio, porte ilegal de armas de defensa personal. Proceso: 10145. Publicada: Sí.

Véase también en internet 619

ESTAFA/ FRAUDE PROCESAL/ VIOLACION DIRECTA DE LA LEY. El casacionista denuncia violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida de los artículos 356, 22 y 26 del C. P., por ser atípico el comportamiento por inidoneidad del medio empleado para inducir en error. Ante todo es preciso manifestar que al estar los dos delitos en concurso, los medios fraudulentos son comunes, pues a través de ellos se indujo en error al funcionario para obtener un pronunciamiento contrario a derecho, con la finalidad última de obtener un provecho ilícito en perjuicio ajeno. Al ser los medios comunes, los argumentos expuestos por el libelista, sobre su ineptitud en su potencialidad inductora de error, hay que entenderlos, como lo aseveró, no sólo con relación al fraude procesal sino a la estafa. En la violación directa, como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, se acepta la realidad probatoria acogida en el fallo y sus deducciones, siendo el cuestionamiento de puro derecho, requisito que no se cumple en el caso pertinente, así el recurrente haya insistentemente afirmado que se está en presencia de una mera falta de entendi-

Pág.

miento de la norma tipificadadora por parte del fallador. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Sentencia Casación. Fecha: 9 de septiembre de 1998. Decisión: Declara prescripción por un delito, desestima la demanda,. impone pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Valenzuela Pinzón, Alirio Barranco García, Miguel. Delitos: Fraude procesal, Tentativa de estafa. Proceso: 10311. Publicada: Si.

Véase también en Internet 627

NULIDAD/ PERJUICIOS. Si la calificación dada por el juzgador fue errada, como lo pregona el casacionista a lo largo de su libelo, el remedio en sede de casación no estaría en la causal aducida -la primera- sino en la tercera, pues la falencia que la origina vicia de nulidad todo lo actuado a partir de la misma resolución calificatoria. Modificando expresamente la jurisprudencia anterior, mediante fallo del 30 de julio de 1996 (acta 109 de julio 24), con ponencia del Magistrado Ricardo Calvete Rangel, se dijo: "Sobre este tema la Sala expresó en providencia de noviembre 25 de 1993, que cuando el delito cumple con el requisito de la pena exigido para que sea procedente el recurso de casación, "el censor podrá atacar la sentencia en los aspectos que a bien tenga, incluidos los perjuicios", criterio que aquí se recoge, pues si bien el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal establece que cuando el recurso tenga por objeto únicamente lo referente a la indemnización de perjuicios decretados en la sentencia, se podrá admitir sin consideración a la pena que corresponde al delito o delitos, ello no significa que también opera al contrario, esto es, que el cumplir con el requisito de la pena releve de la necesidad de que para impugnar los perjuicios se cumpla la exigencia de la cuantía requerida en materia de casación civil, y la invocación de sus causales. "Y más adelante precisa el mismo fallo:. "c) Si el censor pretende formular cargos contra la sentencia respecto del tema penal, y también en materia exclusivamente de indemnización de perjuicios, como es el caso que nos ocupa, puede hacerlo en la demanda en capítulos separados, pero respecto de cada uno de los tópicos que pretende cuestionar se deben reunir sus respectivos requisitos, es decir, para lo primero la pena máxima prevista, y para lo segundo la cuantía que en ese momento se exija en casación civil". Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Sentencia Casación. Fecha: 9 de septiembre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe

Pág.

de Bogotá. Recurrente: Silva Torres, Isidro. Delitos: Hurto agravado. Proceso: 10516. Publicada: Si
Véase también en Internet 637

TERMINACION ANTICIPADA DEL PROCESO/ SENTENCIA ANTICIPADA-Interés para recurrir. En tratándose de sentencia anticipada, conforme con lo regulado en el ordinal 4 del artículo 37B del Código de Procedimiento Penal, tanto el procesado como su defensor sólo tienen interés para recurrir aquellos aspectos que dicen relación con la dosificación de la pena, el subrogado penal de la condena de ejecución condicional y la extinción del dominio sobre bienes. Magistrado Ponente: *Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Auto Casación. Fecha: 14 de septiembre de 1998. Decisión: Rechaza *in limine* una demanda y ajusta otra. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesados: Osorio Torres, Paulino. Jiménez Heredia, Pastor Díaz, Oliverio. Delitos: Porte ilegal de armas de defensa personal, Secuestro extorsivo, utilización ilegal de uniformes de uso priv. Proceso: 13649. Publicada: Si.
Véase también en Internet 646

CASACION DISCRECIONAL. En reiteradas ocasiones en forma pacífica esta Corporación ha señalado las mínimas pautas que deben acompañar los escritos con los que los impugnantes se valen para materializar su propósito de recurrentes en casación en la modalidad excepcional y a partir de allí lograr el estudio de fondo del asunto debatido. En tal sentido no basta el oportuno anuncio del disenso en contra de la sentencia por parte del procurador, su delegado, o del defensor sino también que dentro de aquél presenten las razones por las cuales al tenor del texto legal la Corte discrecionalmente puede determinar a las claras que el tema propuesto procura "el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales", inicial, metódico y lógico punto de apoyo a partir del cual, en caso de prestar aquiescencia la Corte, los impugnantes ulteriormente podrán desarrollar en las demandas respectivas. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Casación Discrecional. Fecha: 14 de septiembre de 1998. Decisión: No concede el recurso de casación discrecional. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Pasto. Procesado: Chávez Martínez, Héctor Ovidio. Delitos: Falso testimonio. Proceso: 14163. Publicada: Si.
Véase también en Internet 652

FALSO JUICIO DE CONVICCION/ DEMANDA DE CASACION. Si en realidad la objeción obedecía a un error de derecho por falso

Pág.

juicio de convicción, a causa de una indebida estimación de la credibilidad de los elementos de juicio, se desatendió que ella no tendría cabida porque en general no existe en nuestro sistema una tarifa legal de pruebas, ya que el operante es el principio de la sana crítica que rige la actividad del juez en materia penal. Pero si el ataque radicaba en la inferencia por resultar contrario a las reglas de la sana crítica -falso juicio de identidad-, era necesario precisar qué reglas de experiencia, de razón o de ciencia conculcada al juzgador, y por qué, lo mismo que la trascendencia de su equivocación. Téngase en cuenta que el verdadero sentido de la demanda no es tomar partido por una de las decisiones enfrentadas, cuando la de segundo grado se distancia del análisis valorativo que de las pruebas hizo el juez *a quo*, pues esa no pasa de ser una de las formas comúnmente utilizadas para tratar de hacer prevalente el criterio personal del actor en torno del debate probatorio, cuando a nivel del recurso extraordinario se entiende superada la controversia de simple grado de jurisdicción, siendo lo correcto demostrar de qué modo la sentencia del Tribunal resulta violatoria de la ley sustancial, no en discrepancia conceptual con el criterio de alguna de las partes, sino por un error manifiesto que pugne abiertamente con la verdad del proceso, acreditando que el juzgador no se atuvo a las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia que informan la sana crítica. Es la única forma de desquiciar la doble presunción de acierto y legalidad de que están revestidos los fallos judiciales. Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*. Sentencia Casación. Fecha: 17 de septiembre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cundinamarca. No recurrente: Briceño Briceño, Carlos Humberto. Delitos: Porte de armas de defensa personal. Proceso: 9854. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 655

ESTAFA/ PRESCRIPCION. Si bien es cierto que el artículo 356 del Código Penal contempla como pena máxima del delito de estafa la de 10 años de prisión, también lo es que la misma deberá de incrementarse hasta la mitad, conforme a los dispuesto en el artículo 372 de la misma obra, lo que da un total de 15 años, por lo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 84 ejusdem, el término de prescripción es de siete años y seis meses. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Auto Casación. Fecha: 17 de septiembre de 1998. Decisión: Declara que no ha operado la prescripción, niega cesación de procedimiento. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Recurrente: Vélez Trujillo, Julio Cèsar. Delitos: Estafa. Proceso: 9777. Publicada: Si.

Pág.

Véase también en Internet 664

EXTRADICION-Pruebas. Concebida la jurisdicción como la potestad que tienen los Estados de administrar justicia, estableciendo dentro de un proceso debido si se ha cometido un delito, quién es el responsable, y en tal caso aplicar una pena o medida de seguridad, es obvio que las pruebas pedidas se dirigen a enervar dicho poder en el Estado reclamante, aspiración que en el marco de este procedimiento desborda la competencia de la Sala, pues disponer su práctica implicaría una evidente intromisión en sus asuntos internos y un atentado contra su soberanía. Magistrado Ponente: Dr. *Edgar Lombana Trujillo*. Extradición. Fecha: 17 de septiembre de 1998. Decisión: Reconoce apoderada, rechaza pruebas. Procedencia: Gobierno. Ciudad: Estados Unidos. Procesado: Menéndez, Norberto. Proceso: 14557. Publicada: Si.

Véase también en Internet 667

VIOLACION DIRECTA DE LA LEY/ VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY. Tocante con el formalismo de la proposición jurídica, establecido en el numeral 3o. del artículo 225 del C. de P.P., que manda al demandante citar las normas consideradas infringidas al fundamentar la causal de casación que asume como fundamento legal de su reclamo, es de recordar que aquella está constituida por todos los preceptos que tengan incidencia en el punto controvertido, y será completa -tratándose de la violación de normas sustanciales, causal 1a. del artículo 220 del C. de P.P.-, cuando la situación regulada por la sentencia depende de la confluencia de varias disposiciones sustanciales, las cuales deben denunciarse como vulneradas, esto, debido al imperio del principio de limitación en el recurso, que impide a la Corte revisar la sentencia por motivos y causales que el recurrente se abstenga de denunciar. Mientras, como sucede en este concreto caso, los errores aducidos carezcan de la importancia requerida -cargo primero-, o no tengan efectiva ocurrencia, porque su planteamiento -cargo segundo- se oriente a repetir el superado debate procesal de las instancias mediante ponderaciones conceptuales o conjeturales de corte especulativo, *el asunto rebasa el ámbito del recurso extraordinario por virtud del principio de limitación -artículo 228 C. de P. P.-, que impide al juez de casación ocuparse de causales distintas a las expresadas por el demandante; y, tienen este carácter todas las que sin relación causal con la anunciada, termina desarrollando el casacionista por fuera de errores susceptibles de enmienda a través de este medio impugnatorio*. Magistrado Ponente: Dr. *Dídimo*

Pág.

Páez Velandia. Sentencia Casación. Fecha: 17 de septiembre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Recurrente: Hernández Lizarazo, Gustavo. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 11235. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 671

EXTRADICION. En anterior oportunidad la Corte se ocupó de analizar el asunto en orden a brindar claridad sobre el alcance que debía dársele al citado Acto legislativo, y concluyó que la excepción de no retroactividad de la extradición, prevista en el último inciso del artículo 35 de la Carta Política, cobija solamente a los colombianos por nacimiento, no así a los extranjeros, respecto de quienes la única limitante para concederla es que el hecho imputado en el país que la solicita, corresponda a aquellos comportamientos definidos como delitos políticos (Cfr. Concepto de Extradición, abril 16/98. M. P. Dr. Córdoba Poveda). Arribó a esta conclusión luego de estudiar la evolución histórica de la institución y los antecedentes que precedieron la expedición del Acto Legislativo número 01 de 1997, encontrándose que por parte alguna se llegó siquiera a considerar por el órgano constituyente la posibilidad de restringir la extradición de ciudadanos extranjeros, salvo la limitación ya existente relacionada con la prohibición de dar aplicación al instrumento cuando el hecho que la motiva corresponda a delitos políticos. En esa medida, queda claro, entonces, que el aludido acto reformatorio del artículo 35 de la Constitución Política, no excluyó la posibilidad de extraditar extranjeros por delitos comunes cometidos antes del 17 de diciembre de 1997. Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll.* Extradición. Fecha: 17 de septiembre de 1998. Decisión: Conceptúa favorablemente. Procedencia: Gobierno. Ciudad: Italia. Procesado: Domenico, Nirta. Proceso: 13394. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 681

DEMANDA DE CASACION-Legalidad del fallo. Por disposición constitucional, la fase ordinaria del proceso no tiene sino dos instancias, salvo las excepciones legales en que se permite que sea una (art. 31 Constitución Política), y una vez agotadas puede propiciarse por los sujetos procesales el paso a una etapa extraordinaria mediante la interposición del recurso de casación, en donde el debate se circunscribe a la legalidad del fallo (art. 219 C. de P. P.), de ahí que la obligación del recurrente consista en denunciar la existencia de un error *in procedendo* o *in iudicando*, cuya presencia y

Pág.

trascendencia debe demostrar, valiéndose para ello de las causales taxativamente señaladas en la ley (art. 220 ibídem), y cumpliendo con los requisitos formales fijados para el escrito de demanda (art. 225 ibídem). Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. Fecha: 17 de septiembre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Recurrente: Salazar Márquez, Ariel. Delitos: Homicidio. Proceso: 10621. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 693

CULPABILIDAD. Como el defensor maneja el concepto psicológico de culpabilidad, por cierto superado por la doctrina, se extraña de que la sentencia no se hubiera ocupado de probar "el nexo psicológico", aspecto que el Tribunal no hubiera podido lograr, como quiera que la culpa imputada es por falta de previsión, evento en donde no existe ese nexo. Esta falencia de ese concepto propio del esquema clásico de la teoría del delito, fue uno de los problemas que hizo necesario que se pasara a un concepto normativo de culpabilidad (así no sea puro, pues el Código mantiene el dolo y la culpa en ese elemento), contexto dentro del cual hace el juicio de reproche el Tribunal, como quiera que le endilga al autor "la omisión del deber de cuidado que le era exigible". Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Sentencia Casación. Fecha: 17 de septiembre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Sarmiento Barragán, Eduardo. No recurrente: Aldana Valbuena, Teodolfo. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 10312. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 702

HOMICIDIO-Ley 40 de 1993. La proyección de un precepto no debe verificarse en forma aislada, sino teniendo en cuenta que hace parte integral del ordenamiento jurídico, lo cual fue asumido por el legislador, que además de tratar de no contrariar la Constitución Nacional, intentó mantener alguna consonancia de la nueva ley con el Código Penal. Por esto, el proyecto inicial que pretendía regular exclusivamente el secuestro, tuvo en el Senado modificaciones, como se observa en la Gaceta del Congreso del 18 de noviembre de 1992: "En el curso de la fecunda discusión que esta iniciativa ha tenido en el Senado se planteó, no sin razón, que no podía tratarse punitivamente la conducta del secuestro con mayor severidad que la del homicidio. Ello condujo a que se adoptaran decisiones legislativas, agravando también las penas para el homicidio que mantuvieran principios universales de 'dosimetría penal'."

Pág.

La Ley fue titulada "por la cual se adopta el estatuto nacional contra el secuestro y se dictan otras disposiciones"; así se respetó también lo establecido por el artículo 169 de la Carta, al no quedar limitado su contenido a la regulación contra el secuestro, resultándole indispensable regular otros asuntos para acoplarse, al menos en parte, con la preceptiva preestablecida.

De esa manera, expresamente modificó los artículos 323 y 324 del Código Penal, en atención a la magnitud vital del bien jurídico protegido, aumentando la punibilidad para que cuantitativamente no resultara inferior a la que se consagraba para el secuestro. Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Sentencia Casación. Fecha: 17 de septiembre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Rodríguez Montaño, Luis Enrique. Delitos: Lesiones personales, Homicidio. Proceso: 10113. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 714

DEFENSA TECNICA. El derecho a la defensa técnica o profesional es una prerrogativa intangible. El imputado no puede renunciar a ella, ni el Estado a su obligación de garantizarla. Si el procesado no quiere o no está en condiciones de designar un abogado que lo asista en el trámite procedimental, el órgano judicial tiene la obligación de proveerselo, y de estar atento a su desempeño, asegurándose que su gestión se cumpla dentro los marcos de diligencia debida y ética profesional, propósito que por igual debe buscar en tratándose de abogados de confianza, designados a instancia del propio implicado. Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*. Sentencia Casación. Fecha: 22 de septiembre de 1998. Decisión: Casa, decreta nulidad, declara prescripción en relación a un delito, ordena libertad, expide copias. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Recurrente: Gutiérrez Ricaurte, Fernando. Delitos: Tentativa de homicidio, Porte de armas de defensa personal. Proceso: 10771. Publicada: Sí. Salvamento de Voto Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*

Véase también en Internet 723

PERMISO ADMINISTRATIVO. La redención de pena que solicita el procesado es con el fin de tramitar ante las directivas del centro de reclusión el permiso administrativo a que se refiere el artículo 147 de la ley 65 de 1993. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del decreto 1542 del doce de junio del pasado año, el permiso administrativo por setenta y dos horas previsto en el artículo 147 del Código Penitenciario y Carcelario, se extendió a

Pág.

los condenados en única, primera y segunda instancia, o cuyo recurso de casación se encuentre pendiente, previo el cumplimiento de los requisitos allí señalados, uno de los cuales consiste en haber descontado una tercera parte de la pena impuesta, la que resulta de computar el tiempo transcurrido en detención y el de redención por trabajo, estudio o enseñanza. En consecuencia, debe la Corte pronunciarse de manera provisional y sólo para dicho efecto sobre la petición de redención de pena por trabajo y estudio que eleva el procesado. Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Auto Casación. Fecha: 23 de septiembre de 1998. Decisión: Se abstiene de reconocer redención de pena. No recurrente: Ruiz Murillo, Gustavo. Delitos: Homicidio. Proceso: 13618. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 745

PRESCRIPCION. El término de prescripción para un delito iniciado o consumado en el exterior, o cometido dentro del país por un servidor público en ejercicio de sus funciones o de su cargo, o con ocasión de ellos, no lo fija el artículo 80, situación que llevaría a decir que la disminución de que trata el artículo 84 no se aplica a esos casos, pues en realidad para ellos el término de prescripción de la acción está dado por la integración de los artículos 80 y 81, y 80 y 82. Como el artículo 84 es posterior, se entiende que se aplica a los eventos anteriores, pero siempre y cuando su lectura sea completa. Magistrado Ponente: Dr. *Ricardo Calvete Rangel*. Acción de Revisión. Fecha: 23 de septiembre de 1998. Decisión: Niega revisión, líbrense órdenes de captura. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Procesado: Piedrahíta Upegui, Néstor Bayron. Procesado: Ortiz Trujillo, Luis Gonzaga. Delitos: Peculado por uso. Proceso: 14020. Publicada: Sí. Salvamento de Voto Dr. *Dídimo Páez Velandia*.

Véase también en Internet 758

IRREFORMABILIDAD DE LA SENTENCIA/ SENTENCIA-Error aritmético. Por error aritmético, como factor limitante del principio de irreformabilidad de la sentencia, ha sido entendido el que resulta de una equivocada operación numérica (sumas, restas, multiplicaciones, divisiones), o de la transmutación de guarismos en el traslado de cifras de la parte motiva a la resolutiva, según jurisprudencia reiterada de la Corte (Cfr. Providencias de octubre 30/91 Mag. Pte. Dr. Didimo Páez Velandia y diciembre 13/94 Mag. Pte. Doctor Jorge Carreño Luengas). Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*. Sentencia Casación. Fecha:

Pág.

23 de septiembre de 1998. Decisión: Casa parcialmente para declarar sin valor la dosificación de la pena, condena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Antioquia. Recurrente: Arboleda Restrepo, Javier Enrique. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio. Proceso: 10341. Publicada: Si.

Véase también en Internet 760

IMPEDIMENTO/ RECUSACION. La naturaleza de la institución de los impedimentos y las recusaciones, dentro de un sistema con tendencia acusatoria, ha permitido a esta Sala en iteradas oportunidades reconocer que su razón de ser radica en la protección que a los ciudadanos se debe dar para que la imparcialidad, como atributo del Juez natural, oriente la administración de justicia por los caminos de la actividad confiable, impoluta, lúcida y libre de toda sospecha. Magistrado Ponente: Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Auto Impedimento. Fecha: 17 de septiembre de 1998. Decisión: Declara infundado el impedimento manifestado por un Magistrado de Tribunal. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Santa Castillo, Gonzalo. Delitos: Homicidio. Proceso: 14657. Publicada: Si.

Véase también en Internet 769

MEDIDA DE ASEGURAMIENTO/ CALIFICACION DEL MERITO DEL SUMARIO/ PREVARICATO. La trascendencia de la calificación sumarial impone al funcionario judicial un sumo grado de objetividad y de responsabilidad, bien sea para proferir resolución de acusación, o para precluir la investigación, sin que necesariamente, en el primer evento, tenga que estar supeditado a la calificación provisional de la resolución definitoria de la situación jurídica, como equivocadamente lo afirma el Tribunal, que por la premura del ritmo procesal de la investigación y su propia naturaleza jurídica, exige un menor consolidado probatorio, que si llega a ser el único hasta el cierre investigativo, deberá someterse para la calificación subsiguiente a un más riguroso examen, como se infiere del mandato procesal precitado. Solamente prevarica el funcionario que conscientemente sustituye la voluntad de la ley para anteponer la propia, por simple arbitrariedad. Magistrado Ponente: Dr. *Didimo Páez Velandia*. Sentencia Segunda Instancia. Fecha: 23 de septiembre de 1998. Decisión: Revoca sentencia condenatoria y absuelve. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Cuevas Gómez, Romelia del Rosario. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 14152. Publicada: Si.

Fág.

Véase también en Internet 775

JUSTICIA PENAL MILITAR-En casación. Como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, al haberse regulado en el Código de Procedimiento Penal los presupuestos de procedibilidad de las causales de casación, los requisitos formales de la demanda y la finalidad de este medio de impugnación, una interpretación sistemática de su texto, incluidas las modificaciones introducidas al mismo por la Ley 81 de 1993, permite sostener la unificación normativa en esta materia por parte del legislador, comprendiendo en esta reglamentación las sentencias del Tribunal Penal Militar, pues en ella se incluyen además de los fallos proferidos por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Tribunal Nacional, los dictados por esa Corporación Castrense.

Así, y al haber acudido el recurrente a las causales contempladas en el Código Penal Militar, cuando lo correcto era sustentar la demanda en los motivos casacionales del Decreto 2700 de 1991, es evidente que ha equivocado la fuente legal del ataque. No obstante y como quiera que las causales primera y tercera objeto de la censura comportan una perfecta similitud entre los dos ordenamientos, tanto desde el punto de vista de su descripción legal, como de su contenido y alcance, la Sala responderá, previa esta advertencia, el libelo sustentatorio del recurso. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Sentencia Casación. Fecha: 23 de septiembre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior. Ciudad: Militar. Recurrente: Avila Galindo, Luis Alberto. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 10277. Publicada: Si.

Véase también en Internet 806

ACCION DE REVISION-Prueba nueva. En materia que ha sido objeto de abundante jurisprudencia, la Sala ha tenido oportunidad de precisar que frente a la causal tercera de revisión, no es en manera alguna suficiente con aducir pruebas nuevas para que se haga viable adelantar el proceso rescisorio, sino que los medios cuya novedad se afirma, de haber sido conocidos por el sentenciador, habrían tenido la capacidad y determinación tales que la decisión a adoptar tendría que ser absolutoria. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos A. Gálvez Argote*. Acción de Revisión. Fecha: 23 de septiembre de 1998. Decisión: Reconoce apoderado y rechaza *in limine* la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Montería. Procesado: Carmona Therán, Luis Omar. Delitos: Homicidio. Proceso: 14696. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 817

Pág.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Como la posesión es una de las formas que la ley civil colombiana reconoce para adquirir el dominio y a tal situación -la de poseedor- puede llegarse de manera regular o irregular y dentro de esta categoria de forma viciosa, ya sea por violenta o por clandestina, todas las cuales encuentran amparo en la misma legislación, resulta natural que el poseedor actual de un bien tenga igualmente herramientas legales para defender su derecho de los ataques de terceros que buscan despojar lo no solo de su condición de poseedor, sino sobre todo mutar la propiedad que ejerce sobre el predio. Para tal efecto la legislación nacional ha previsto desde las acciones Policivas como la establecida en el decreto 992 de 1930, hasta las judiciales que contemplan diferentes ordenamientos, hallándose en el Civil la acción reivindicatoria del articulo 946 de tal Código y las acciones posesorias y posesorias especiales de los articulos 972 y siguientes del mismo ordenamiento; y, en el derecho penal las acciones por usurpación de tierras e invasión de tierras o edificaciones. Pero ese enorme arsenal de recursos legales que el poseedor o el propietario de un bien tiene para defender sus derechos sobre el mismo, no puede dejar de reconocer el derecho que tiene todo poseedor o propietario para reaccionar frente al acto de perturbación mediante procedimientos idóneos y razonablemente proporcionales al daño que se le trata de irrogar, impidiendo la consolidación de un hecho capaz de producir efectos jurídicos. Es de la esencia del ser humano su natural instinto de conservación que se manifiesta en la protección de sus bienes, o a su integridad personal, mediante reacciones que aunque primarias, por responder a una necesidad, no pueden ser desconocidas por los ordenamientos juridicos, so pretexto de que el único comportamiento supuestamente racional es la apelación a la autoridad competente para que resuelva el conflicto que genera la agresión. La racionalidad que debe esperarse de quien pertenece a la especie humana y responde a una agresión injusta, actual o inminente, no es la de soportar la agresión (aunque haya corrientes filosóficas que así lo sostengan), sino la de repelerla con la misma actualidad y, aquí es donde debe aparecer la racionalidad, con la proporcionalidad adecuada a la naturaleza del ataque injusto. No se justifica entonces la diferencia entre hombre y bestia en la negación al primero del instinto de conservación común a todos los seres vivos, sino en el control de ese instinto, de manera que, parafraseando a Platón, no se desborde sino que sea controlado por el auriga de la razón. Magistrado Ponente: Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Unica Instancia. Fecha: 28 de septiembre de 1998. Decisión: Precluye in-

Pág.

vestigación. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Guerra Tulena, Julio César. Proceso: 9449. Publicada: Sí.
Véase también en Internet 821

REDENCION DE PENA/ BENEFICIO ADMINISTRATIVO. La Sala ha sostenido en forma reiterada que el estudio de la redención de pena (artículos 530 y ss. del Código de Procedimiento Penal) y la concesión de los beneficios administrativos de que trata la ley 65 de 1993 y demás disposiciones complementarias, no le corresponde a esta Corporación, no sólo por no ser de su competencia, sino por no encontrarse aún ejecutoriada la sentencia. Las únicas excepciones al reconocimiento de redención de pena en sede del recurso extraordinario, son las contempladas expresamente por los artículos 5° del Decreto 1542 de 1997, y 415.2° del Código de Procedimiento Penal (modificado por el art. 55 de la Ley 81 de 1993); esto es, para efectos del permiso de setenta y dos (72) horas contemplado en el artículo 147 de la ley 65 de 1993 -siendo claro que la concesión o negación de este beneficio administrativo corresponde a los directores de los centros de reclusión-; y para acreditar la parte cumplida de la pena, con miras a obtener la libertad provisional solicitada con fundamento en el artículo 415.2° del Código de Procedimiento Penal. Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*. Auto Casación. Fecha: 29 de septiembre de 1998. Decisión: Se abstiene de considerar solicitud de redención de pena. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Hernández Rodríguez, Bismarck. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 14811. Publicada: Sí.
Véase también en Internet 849

FRAUDE PROCESAL/ PENA. Recordó esta corporación en sentencia de fecha abril 15 de 1993, casación N° 7292, M. P. doctor Edgar Saavedra Rojas, cómo desde el punto de vista jurisprudencial "el análisis del problema ha sido pacífico y se ha reconocido ya en varias decisiones uniformes que es perfectamente posible el concurso del fraude procesal con la estafa", apoyándose en seguida, para cabal ilustración, en providencias de fecha febrero 14 de 1984, M. P. Luis Enrique Aldana Rozo; noviembre 12/86, M. P. Jorge Carreño Luengas; agosto 15 de 1989, M. P. Gustavo Gómez Velásquez, de donde se toma el extracto que a continuación se transcribe, y julio 17 de 1990, M. P. Guillermo Duque Ruiz, a las cuales cabe agregar lo determinado el 1° de septiembre de 1987, M. P. Rodolfo Mantilla Jácome, reiteración muy directamente aplicable al caso ahora bajo estudio: *"Pero la norma tipificadora del fraude procesal no recoge en su*

Pág.

iniegridad el poder lesivo de la agresión al patrimonio ni el grado de culpabilidad atribuible al agente, cuando éste avanza en el recorrido criminoso y no contento con la obiención de sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, los utiliza con el fin de lograr provecho ilícito para sí o para un tercero con perjuicio ajeno. Los dos aspectos del hecho general son identificables y autónomos, apreciados naturalísticamente, y no envuelven unidad delictual porque los elementos tipificadores del fraude procesal, artículo 182 Código Penal, no incluyen todos los de la estafa, artículo 356 ibidem, imposibilitando el prohibido juicio de reproche sobre un mismo supuesto y desde similar punto de vista." Es preciso recordar que la dosificación judicial de la pena es una operación de discrecionalidad reglada que se ha confiado al juez, a través del establecimiento de mínimos y máximos, con los incrementos y las disminuciones procedentes, que se determinará en forma motivada ante la presencia de factores objetivos que así lo indiquen. Magistrado Ponente: Dr. *Nilson Pinilla Pinilla.* Sentencia Casación. Fecha: 29 de septiembre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Esquivel, Antonio José. Delitos: Falsedad material de particular en doc. púb., Estafa, Fraude. procesal, Tentativa de estafa. Proceso: 10389. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 852

REDENCION DE PENA-Actividades literarias. De conformidad con el artículo 2° de la Resolución No. 3.272 de 1995, modificada por la 6.541 del mismo año, las actividades válidas para redimir pena por trabajo son la industrial, agrícola, pecuaria, artesanal, de mantenimiento, de servicios y de labores públicas, no correspondiendo ninguna de ellas a la actividad jurídica en el sentido que la desarrolla el peticionario de suministrar asesorías en ese campo a los reclusos, ni pudiendo entenderse tampoco como incluida en la labor pública toda vez que por definición normativa ésta "corresponde a la realización de trabajos de construcción de obras públicas". Magistrado Ponente: Dr. *Carlos A. Gálvez Argote.* Casación -Libertad- Reposición. Fecha: 30 de septiembre de 1998. Decisión: No repone y no concede libertad. Procesado: Adarve Manrique, Joel Antonio. Delitos: Violación a la Ley 30/86. Proceso: 14117. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 859

LIBERTAD PROVISIONAL/ HOMICIDIO SIMPLE. Como el procesado fue condenado por el delito de homicidio simple, el régimen

Pág.

aplicable para efectos de su liberación provisional es el establecido en la Ley 415 de 1997, cuyo artículo 1° adicionó un artículo 72A al Código Penal. Y si bien en esta norma no se establece que para efectos de computar las tres quintas (3/5) partes de la pena, podrá considerarse el tiempo de redención por trabajo, estudio o enseñanza, ello resulta procedente por cuanto el artículo 415.2 del Código de Procedimiento Penal (modificado por el artículo 55 de la Ley 81 de 1993) al prever la libertad provisional para "el que lleve en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional", establece que "La rebaja por trabajo o estudio se tendrá en cuenta para el cómputo de la sanción", disposición ésta inmodificada por la referida Ley 415. Magistrado Ponente: Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*. Casación -Libertad-. Fecha: 30 de septiembre de 1998. Decisión: Otorga libertad previa caución prendaria. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Ibagué. Procesado: Esponda Torres, Guillermo Leoncio. Delitos: Homicidio. Proceso: 13577. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 863

INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA. Por encima de los mencionados preceptos fundamentales relacionados con la misión del Estado de "asegurar la justicia", que son los que le dan cimiento y sentido profundo a la garantía de la judicialidad, no puede estar una lectura aislada del artículo 185 de la Constitución, según el cual los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo. La razón es obvia: judicialidad es decisión "justa" ocurrida en un proceso regular. Es que, aun dentro del contexto mismo de la condición genérica de Congresista, la Constitución dice que "los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común". Y agrega que "el elegido es responsable ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura" (art. 133). En realidad, la prerrogativa constitucional de la inviolabilidad parlamentaria está prevista para lo que se quiere preservar, esto es, la independencia y autonomía de la función legislativa y de control político, porque esta misma autarquía no es concebible en el ejercicio judicial, dado que la arbitrariedad o el delito apriorísticamente justificado de los jueces significaría la quiebra del Estado de Derecho. En este orden de ideas se impone la distinción, sobretodo porque la naturaleza misma de las disímiles funciones que cum-

Pág.

ple el Congreso en cada caso así lo recomienda. En efecto, los órganos jurisdiccionales, tradicionales o especializados, asumen institucionalmente un papel de imparcialidad (por algo a la justicia se la representa con los ojos vendados). Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Cómez Gallego*. Unica Instancia. Fecha: 7 de octubre de 1998. Decisión: Declara infundada la petición de nulidad. Procedencia: Corte Suprema de Justicia. Procesado: Miembros De La Cámara de, Representantes. Delitos: Prevaricato. Proceso: 11911. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 866

LEGITIMA DEFENSA. Este medio de convicción no contradice la declaración de (...), a pesar de ciertas sutiles diferencias. Y tampoco resultó alterado en su contenido por el juzgador. Que (...) aduzca que (...) había dejado de lanzar piedras, o que no tuviera una en la mano para cuando los disparos, en manera alguna significa que la agresión hubiera cesado y perdido su carácter de actual e inminente. El agresor continuaba frente al vehículo, acababa de lanzar "piedras de todos los tamaños", todas hicieron blanco en el vehículo y al menos una en la cabeza del procesado, y, en tales condiciones, no existía razón para pensar que no fuera a insistir en la agresión, por lo que el peligro para (...) (agachado dentro del vehículo para evitar seguir siendo lesionado y naturalmente tomando el arma de fuego que guardaba en su interior) no se había disuelto. Estas circunstancias, que en manera alguna permiten afirmar la existencia de una apreciable solución de continuidad en el ataque, avalan la necesidad de defensa sostenida por el Tribunal. Magistrado Ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Sentencia Casación. Fecha: 7 de octubre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Armenia. Procesado: Arias Young, Virgilio. Delitos: Lesiones personales, Porte de armas de defensa personal. Homicidio. Proceso: 10073. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 892

INDAGATORIA/ CONCURSO/ PENA. 1.- La función de la indagatoria es permitirle a quien la rinde conocer y explicar unos hechos posiblemente delictivos que se le imputan, independientemente de su calificación jurídica, la cual se encuentra reservada para los momentos de la resolución de situación jurídica, la acusación y la sentencia. 2.- En materia de concurso de hechos punibles, (art. 26 del C.P.) la ley dispone que el condenado quedará sometido a la disposición que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto. Ello implica entonces, que el

fallador, de entre los varios ilícitos concurrentes, deba seleccionar cuál fue en concreto el hecho punible que ameritaría pena mayor, y para éste efecto debe proceder a individualizar las distintas penas, con el fin de escoger la más gravosa y, posteriormente, decidir en cuánto la incrementa habida consideración del número de delitos concursantes, su gravedad y sus modalidades específicas. En ese ejercicio debe tener en cuenta no solamente que la pena final no debe exceder el doble de la individualmente considerada como más grave, sino además que ella no puede resultar superior a la suma aritmética de las que corresponderían en el evento de un juzgamiento separado de las distintas infracciones, ni de 60 años de prisión, siguiendo siempre, en el proceso de dosificación individual de cada una de las penas, los criterios que sobre el particular ha venido sentando la Sala en torno a los factores modificadores de los límites legales (menor y mayor) previstos para cada delito, y a las reglas que, a la luz del artículo 61 del C.P., le dan un margen de movilidad racional dentro de los límites mínimo y máximo así deducidos. Entendidas de ese modo las cosas, cuando concurren delitos cuyas penas mínimas y máximas difieren, la fijación de cuál es el que tiene establecida la sanción más grave no puede quedar reducida a la fórmula de seleccionar el de pena mínima más severa o el de mayor pena máxima. El problema se debe resolver dosificando la pena de cada hecho punible en el caso concreto conforme a los criterios de individualización del artículo 61 del C.P., y escogiendo como punto de partida el que resulte con la mayor sanción; es sobre ésta pena sobre la que opera el incremento autorizado por el artículo 26 del Código Penal, y su mayor o menor intensidad depende del número de infracciones y de su mayor o menor gravedad individualmente considerados. Puede suceder perfectamente que en un caso como el examinado (donde los delitos concursales tienen penas de 1 a 10 y de 2 a 8 años) el segundo, es decir el de pena mínima más grave, no ostente la gravedad del primero; y que, aisladamente considerado, amerite la pena mínima de 2 años o una ligeramente superior, al tiempo que el primero merezca una mayor sanción que el anterior. Resultaría absurdo en dicha situación, y es lo que quiere puntualizar la Sala, partir para la dosificación correspondiente de la sanción del delito cuya pena mínima (o máxima) en abstracto, esto es la señalada en el tipo penal, sea la mayor. Esto porque, como se vio, existe la posibilidad de que tasadas las penas por los dos hechos punibles, el de menor pena mínima pueda resultar en concreto mayormente penalizado. En conclusión, es la pena individualizada de cada uno de los delitos

Pág.

en concurso la que conduce a determinar la base de construcción de la pena total a imponer, sin importar para el caso las sanciones mínimas y máximas previstas en abstracto por los respectivos tipos penales. Magistrado Ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Sentencia Casación. Fecha: 7 de septiembre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Bonilla Esquivel, Jaime. No recurrente: Quintero Sánchez, Hugo. No Recurrente: Esquivel, Antonio José. Delitos: Falsedad, Estafa, Fraude procesal, Tentativa de estafa. Proceso: 10987. Publicada: Sí. Véase también en Internet 897

CASACION CIVIL/ CASACION PENAL/ TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE. Por disposición expresa del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, la Sala mantiene la tesis de que si los motivos de agravio son referidos únicamente a los aspectos civiles considerados en la sentencia, lógicamente debe acudirse a las causales de casación previstas en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, pues se trata de no introducir en el proceso penal matices que sus propias finalidades no exigen, máxime que el estatuto de la materia ya los tiene suficientemente reglados. Sin embargo, tampoco puede desconocerse que *mutatis mutandi* es posible advertir una línea de identidad regulativa de la casación en ambos estatutos procesales, de tal manera que en los dos se contempla la violación directa e indirecta de la ley sustancial, tanto por error de hecho como de derecho, la nulidad y aún la congruencia. Claro que este último evento exige puntos de comparación diferentes, atendida obviamente la distinta naturaleza de los dos procedimientos, pues mientras en el penal dicha consonancia se dice entre la sentencia y la resolución acusatoria, en el civil se exige entre la sentencia y las pretensiones de la demanda o las excepciones de la contestación. Es esta la razón por la cual la Sala ha dicho que, a pesar del error que se comete al invocar las causales de casación dispuestas en el régimen procesal penal, siendo que se reclama o debate una pretensión estrictamente civil, "... no debe extremarse un sentido de rigor formal en la demanda, en cuanto a que si no se acude forzosamente a las causales de casación contempladas en el ordenamiento procesal civil, por este solo motivo la misma deba desestimarse, pues en virtud del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (art. 9 del C. P. P.), si se aduce la primera causal del art. 220 del Código de Procedimiento Penal en lugar de la pertinente del art. 368 del Código de Procedimiento Civil, al ser básicamente iguales, no puede considerarse sufi-

ciente 'esta falencia para desestimar prematuramente la censura', en la medida en que la aludida causal en las dos codificaciones se refiere a que sea la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial y en ambos ordenamientos procede tanto por violación directa como indirecta de la ley (cas. 5 de octubre de 1994 y auto del 5 de septiembre de 1996)". (M. P. *Carlos Cálvez Argote*, septiembre 25/97). La previsión del artículo 44, inciso 2° del Código de Procedimiento Penal apunta a que la vinculación formal del tercero civilmente responsable se haga a través de la notificación del auto admisorio de la demanda, pero bajo el supuesto lógico de que el libelo lo mencione como demandado en esa condición. De modo que, si la demanda de parte civil inicial se hizo sólo en contra del procesado (...) (fs. 60-63), mal podría el funcionario judicial en ese momento notificar el auto admisorio de la misma a persona distinta al señalado (fs. 75-76), pues es una indicación que no corresponde de oficio a la judicatura sino a la parte civil. En este orden de ideas, si el representante de los perjudicados omitió en principio la demanda del tercero civilmente responsable, lo lógico era que, si allí estaba su aspiración, presentara separadamente otro escrito en contra del mismo, lo cual se cumplió por medio de la adición que aparece a folios 175 y 176. Esta última presentación, entre otras cosas, siempre se cuidó de la completud y por ello remitió a los "presupuestos de hecho" y los "medios de prueba" consignados y rogados en la "demanda inicial". De modo que si el apoderado de la parte civil apenas accionó contra el tercero civilmente responsable en la demanda adicional, que no por ello deja de ser completa, es obvio que es en dicho momento cuando hace uso del poder de accionar agregadamente entregado por los perjudicados. En este sentido, resulta artificiosa la distinción que pretende el censor, porque el poder de acción se ejerce tanto en una demanda inicial como en la adicional, desde luego referido a demandados diferentes y en cada uno de esos instantes el abogado tenía mandato para dirigirse contra uno y otro. Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Sentencia Casación. Fecha: 14 de octubre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Cabrera de Martínez, Miriam Patricia. No Recurrente: Pinzón Escobar, Jaime Alberto. Delitos: Homicidio culposo. Proceso: 10637. Publicada: Si.

Véase también en Internet..... 928

Pág.

INIMPUTABILIDAD-Experticio médico legal. Debe la Sala reiterar su constante doctrina en esta materia, según la cual implica violación al debido proceso y de contera eventualmente al derecho de defensa, como motivos de invalidación de lo actuado, la pretermisión del experticio médico legal solamente cuando la presencia de indicios sobre la probable inimputabilidad del agente del hecho punible, hacen imperativo auscultar sobre la aptitud o capacidad de comprender la antijuridicidad de su conducta, es decir, de someterse al contenido de las normas y de dirigir su comportamiento de acuerdo con tal comprensión. Esta obligación del funcionario judicial, aun cuando no aparece específicamente consagrada en la ley procesal penal posterior al Código de 1971 -incluido el Decreto 2700 que actualmente nos rige-, cuyo artículo 411 de manera expresa la contemplaba, deviene del hecho de tener que valorarse como necesaria su indagación siquiátrica, cuando median fundados y serios elementos de juicio deducidos de las particulares circunstancias en que el punible se cometió o por antecedentes conocidos en autos sobre el estado mental del procesado. Magistrado Ponente Dr. *Carlos A. Gálvez Argote.* Sentencia Casación. Fecha: 15 de octubre de 1998. Decisión: Desestima la demanda, declara prescripción por unos delitos,. reduce pena. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Recurrente: Urbano Macca,.Libardo. Recurrente: Solarte Ortega, Carlos Alberto. Delitos: Hurto calificado y agravado, Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado. Proceso: 10216. Publicada: Si.
Véase también en Internet 939

DETENCION EN EL SITIO DE TRABAJO. Es evidente que por motivos de política criminal el legislador previó en el artículo 409 del C. de P. P. la posibilidad de que, durante el rito del proceso, el imputado tuviera como lugar de detención el propio lugar de trabajo, siempre que debiera éste proveer a la subsistencia de una o más personas. Pero no basta la demostración de esa circunstancia para que el juzgador deba, sin más, disponer que se cumplan los efectos de tal disposición, puesto que sus beneficios no fueron consagrados para todos los procesados e indeterminados delitos. La ley exige, con tal propósito que se someta a estudio la conducta pasada del individuo, pues si cuenta en su disfavor con sentencia de condena por delito doloso o preterintencional (numeral 1°.), el resultado le será desfavorable; igual suerte tendrá si al examinarse su comportamiento durante el proceso se encuentra que ha tratado de sustraerse a

Pág.

sus resultados (numeral 3°.); y será negativo también, si el ilícito que se le reprocha supera la pena máxima de seis (6) años de prisión (numeral 2°). Y esto último es apenas elemental, toda vez que el reproche y la repulsa social a determinadas conductas humanas se traduce por la punición de estas en las normas sustantivas, previéndose en la naturaleza de las penas la gravedad que se les atribuye, siendo catalogable de extrema gravedad las que entrañan traición a la noble misión de administrar justicia. Magistrado Ponente Dr. *Didimo Páez Velandia*. Auto Segunda Instancia. Fecha: 15 de octubre de 1998. Decisión: Confirma providencia. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cali. Procesado: Rojas Rodriguez, Julio César. Delitos: Prevaricato por acción. Proceso: 14970. Publicada: Si.

Véase también en Internet 953

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ CASACION. Una de las obligaciones que marcan el sendero de la tarea judicial en el momento de emitir sentencia, es el de la apreciación en conjunto de las pruebas por parte del funcionario competente, tal como mandan los artículos 254 y 180 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal. De allí que al satisfacer uno de los fines primordiales del proceso deba el juez acometer la reconstrucción histórica de los hechos, en cuya labor, inicialmente por separado y luego en forma coaligada, los medios probatorios le tributan informaciones que a través de la sana crítica, regida por la lógica, la ciencia y la experiencia, le permiten al funcionario judicial tener una idea racional sobre lo acontecido e investigado, y, a partir de esta premisa, conocer al autor de la conducta prohibida legalmente y la forma como ésta se revela en el mundo fenomenológico. Pero tal análisis plasmado en una sentencia no es ni mucho menos caprichoso o exento de control sino que precisamente para evitar abusos de parte del fallador o para corregir los eventuales errores en dicha labor, los derechos afectados de los procesados pueden remediarse a través del recurso extraordinario de casación, en los casos señalados por la ley. En esta tónica, la causal primera de casación en su cuerpo segundo fluye dirigida a combatir la ilegalidad de las sentencias promovidas a causa de errores cometidos sobre las probanzas. Así, la conocida violación indirecta de la ley sustancial, para que tenga vocación de éxito, exige la especificación del yerro indicando si es de hecho o de derecho y, tratándose de la primera de las formas, señalando si el falso juicio es de existencia o de identidad, sin olvidar su debida e inevitable demostración así como la incidencia o el efecto inmediato del error en la construcción de la respectiva senten-

Pág.

cia. Con este horizonte, entonces, la casación no es reducto de diferencias conceptuales acerca de la forma como han debido ser valoradas las pruebas, sino recurso por excelencia revisor de la sentencia cuya doble presunción de acierto y legalidad sólo cae cuando de manera contundente el censor demuestra que adolece de trascendentales errores *in procedendo* o *in iudicando*. Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Sentencia Casación. Fecha: 15 de octubre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Recurrente: Torres Palacios, José Ariel. Delitos: Homicidio. Proceso: 10529. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 957

DERECHO DE DEFENSA. Es claro que a la luz de la Constitución de 1991, el derecho de defensa ha de entenderse no como la simple apariencia por la asistencia de un togado, sino que impone una actuación profesional que haga de la garantía constitucional el ejercicio cierto y real del derecho a ser defendido a lo largo del proceso. Sin embargo, como de modo reiterado lo ha indicado esta Sala de la Corte, ese concepto de defensa tiene ante todo un carácter dual que desenvuelve su efectividad en defensa técnica y material, lo que surge, según lo ha resaltado la Sala en varias decisiones, una reciente la de junio 1o. de 1995 con ponencia del Magistrado Carlos E. Mejía Escobar, y "...como lo señalan varios autores, del hecho de que por regla general (excepción hecha de algunas muy precarias actuaciones como los recursos extraordinarios) el derecho de postulación se ejerce de manera simultánea por el abogado defensor y por su asistido y de que la idoneidad y el consejo profesionales que supone dicha asistencia constituyen presupuestos para el ejercicio de la mayor parte de actuaciones que encarnan el derecho de ser oído y a contradecir, a pedir y a discutir sobre los hechos y sobre el derecho aplicable. La protección, así concebida -no obstante, es añadido-, no constituye un vano formalismo sino una garantía llena de sentido, y es por ello que la Carta actual, a diferencia del impreciso mandato de la anterior, exige que una y otra coexistan durante todo el procedimiento, es decir, durante la investigación y el juicio...". El ejercicio defensivo no simplemente consiste en pedir, recurrir, controvertir o aportar, y menos sobre la base de un juicio a posteriori y especulativo de que otros habrían podido ser los resultados, sino en una actividad precisa y concreta que no ignore ni viole la libertad y autonomía que en el ejercicio de su profesión concierne al abogado, seleccionando dentro de las varias estrategias defensivas aquella a su parecer más acertada,

Pág.

así ésta consista en el silencio o en la omisión de los recursos, cuyas ventajas no podrían ser desatendidas. En tal sentido lo ha reconocido la doctrina de esta Sala, por vía de ejemplo en decisiones de octubre 5 de 1994 y marzo 26 de 1996 con ponencia la primera del Magistrado Dr. Juan Manuel Torres Fresneda y la segunda con sustanciación del Magistrado doctor Carlos Mejía Escobar. Dice, en efecto la Corte en la primera de las decisiones mencionadas:. "...de ninguna manera la simple inactividad de los defensores dentro de alguna de las etapas del proceso penal puede llegar a considerarse como vulneración del derecho de defensa, siendo estrategia válida y de recibo la simple tolerancia en el recaudo de las pruebas, el consentimiento de algunas providencias y aun la permisividad del simple transcurso inactivo del tiempo, pues de todas estas circunstancias pueden válidamente esperarse beneficios procesales para el vinculado (libertad, prescripción, duda, pronunciamientos más favorables o rápidos, etc.), lo que aparentemente torna esa pasividad en efectivo mecanismo defensivo, a la espera del pronunciamiento de los juzgadores, ora en la expectativa de que así se producirá éste de modo más benigno, o se hará vulnerable frente a pruebas ya obrantes, cuando no a vacíos importantes y difícilmente superables.". Y en el mismo sentido este criterio se reitera y complementa en fecha más reciente dentro del segundo texto invocado: "Efectivamente, como lo afirma el censor, el profesional que fuera nombrado como defensor de oficio en este asunto, no ejerció acto alguno diferente al de tomar posesión del cargo y notificarse de la resolución acusatoria. Sin embargo, este hecho por sí solo no conduce a la declaratoria de nulidad, salvo que se demuestre la vulneración de los derechos fundamentales o de las garantías constitucionales en concreto. El concepto del derecho de defensa no se puede construir, como lo hace el recurrente, en la abstracta anticipación del resultado absolutorio del juicio, sino que se desenvuelve en función de las posibilidades reales de contradicción de los cargos y ello depende, en buena parte, de la información que sobre el asunto pueda suministrar el procesado (sea reo presente o ausente), o de un estratégico silencio que impida la deducción de situaciones agravatorias a su posición jurídica, o de atenerse a que sea el Estado el que cumpla plena y cabalmente con la carga de probar el hecho y la responsabilidad. En fin, son demasiadas alternativas compatibles con la garantía de una defensa idónea, sin que siempre, detrás de la apariencia de inactividad, deba predicarse la carencia de contradictorio. "Aparte de ello, si no se ha coartado la defensa material, permitiendo en

Pág.

todo momento su real ejercicio, como sucedió en el caso que nos ocupa, no hay razón para concluir en el desconocimiento de un derecho a la defensa que afecta el curso normal del proceso, máxime cuando en parte del trámite de éste, el implicado estuvo asistido por su defensor de confianza. "...La vocación que hacia la tutela de la libertad tiene el derecho de defensa, no agota su finalidad, ni dicho resultado puede identificar un parámetro exclusivo de que fue garantizado. Es en general el listado de derechos en que se desenvuelve, lo que debe satisfacerse al interior del proceso. Que se conozca la imputación, que se pueda ejercitar el derecho de impugnar, que se pueda invocar en favor la prueba existente, a veces la omitida, o aún el incumplimiento de la carga de probar por parte del Estado, son con muchos otros los instrumentos que a manera de derechos particulares desarrollan el concepto de defensa...". Magistrado Ponente Dr. *Edgar Lombana Trujillo*. Sentencia Casación. Fecha: 19 de octubre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Cúcuta. Recurrente: Ibarra Tarazona, Alfonso. Delitos: Homicidio. Proceso: 9969. Publicada: Si.

Véase también en Internet 964

CONSULTA/ *REFORMATIO IN PEJUS*/ UNIDAD PROCESAL/DELITOS CONEXOS. Repetidamente ha sido sostenido que el instituto procesal de la consulta no es medio de impugnación o recurso, sino un mecanismo de revisión de la legalidad de ciertas decisiones judiciales, que opera por ministerio de la ley, que debe cumplir el superior jerárquico de quien la ha proferido. A diferencia de los recursos, que son potestativos de los sujetos procesales y se fundan en razones de interés particular, la consulta opera por mandato legal, se apoya en razones de interés general, y es de carácter imperativo, particularidades que hacen que su cumplimiento no pueda dejarse al arbitrio de las partes, ni siquiera de la voluntad del funcionario judicial que ha proferido la decisión. A estas diferencias habría que agregar las no menos importantes que en el ámbito de la competencia funcional del superior se presentan, acorde con la naturaleza de cada uno de estos institutos. Mientras en la apelación, la competencia del superior tiene carácter limitado, en cuanto solo puede revisar aquellos aspectos que son objeto de impugnación, en la consulta la competencia es de plena justicia e ilimitada. De plena justicia, porque está facultado para examinar la decisión consultada en sus distintos aspectos; ilimitada porque puede revocarla o modificarla en cualquier sentido, sin condicionamientos de índole alguna, aún en disfavor del procesado, según lo esta-

blece el artículo 34 de la ley 81 de 1993, modificatorio del 217 del estatuto procesal, y ha sido declarado en pronunciamientos de exequibilidad por la Corte Constitucional (Cfr. C-583/97, Mag. Pte. Doctor Carlos Gaviria Díaz, entre otras). No se discute que el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el 29 de la ley 81 de 1993, adolece de graves falencias en su redacción, y que si el exègeta aprehende literalmente su texto, necesariamente habría de concluir que cuando se interpone algún recurso contra la decisión consultable, trátese de reposición o apelación -la norma no hace distinciones-, no habría lugar a este grado jurisdiccional. Recuérdese el texto de la disposición: "Providencias consultables. En los delitos de conocimiento de los fiscales y jueces regionales, son consultables cuando no se interponga recurso alguno, la providencia mediante la cual se ordena la cesación de procedimiento, la preclusión de la investigación, la providencia que ordena la devolución a particulares de bienes del imputado o sindicado presuntamente provenientes de la ejecución del hecho punible o que sea objeto material del mismo y las sentencias que no sean anticipada" (comillas fuera de texto). Lógicamente el aspecto puramente literal no puede ser el único norte en el proceso de interpretación de una norma. También ha de auscultarse la teleología del precepto y el sistema al cual se integra, y en esta medida es claro que la interpretación propuesta por la actora contraviene la naturaleza y razón de ser del instituto de la consulta. Ya ha sido dicho, en doctrina reiterada, que este nivel de revisión opera por mandato legal, y que su operancia no puede depender de la voluntad de las partes, de suerte que baste la interposición del recurso de alzada para que el superior deba inhibirse de revisar los aspectos no atacados, quedando circunscrita su competencia funcional al examen de los que lo fueron. Admitirlo, sería entronizar un mecanismo de burla a la ley, y permitir que el interés general que fundamenta la consulta ceda paso al particular de los sujetos procesales (Cfr. oct.22/97, Mag. Pte. Dr. Ricardo Calvete Rangel). La expresión "son consultables cuando contra ellas no se hubiere interpuesto el recurso de apelación", utilizada en normatividades anteriores (ley 17 de 1975, art. 1° y Decreto 050 de 1987, art.210), e incorporada hoy con algunas variantes en el texto del artículo 29 de la ley 81 de 1993, tenía entonces razón de ser porque el recurso de apelación otorgaba competencia al ad quem para conocer sin limitaciones de la providencia impugnada (Ley 17 de 1975, art. 3°-y Decreto 050 de 1987, art. 538), tornando por contera innecesaria la consulta, e imprimiéndole a ésta un verdadero carácter subsidiario. Frente

Pág.

a la normatividad actual, en que el recurso de apelación otorga competencia al superior para decidir únicamente sobre los aspectos impugnados, una consideración de esta índole pierde vigencia, no siendo posible postular que la consulta es subsidiaria de la apelación. La supletoriedad del instituto de la consulta ha de ser entendida en relación con los aspectos que no han sido objeto de apelación, y sin que la interposición del recurso comprometa la potestad del ad quem, derivada de la ley, de poder reformar sin limitación alguna la decisión consultada, aún en los aspectos impugnados y en perjuicio del procesado. Totalmente equivocado resulta, por consiguiente, impugnar un determinado aspecto de la decisión consultable, en el entendido de que así se impide su examen integral por la segunda instancia, o que de esta manera el procesado en cuyo nombre se apela queda amparado por el principio de *no reformatio in pejus*. Presupuesto necesario para que pueda operar el principio de unidad procesal respecto de delitos conexos, es que el funcionario encargado de la investigación haya tenido conocimiento oportuno de ellos, al igual que del nexo sustancial que los vincula, de suerte que esté en condiciones de aprehender su conocimiento conjunto. Contrario a los principios de celeridad y eficiencia que deben regir la administración de justicia, sería exigir al funcionario judicial que superada la fase instructiva, retrotraiga la actuación procesal con el fin de investigar hechos delictivos hasta entonces desconocidos. La ley de rito no contempla una previsión semejante. La solución que el ordenamiento jurídico trae es bien distinta de la expuesta. El artículo 14 de la ley 81 de 1993, modificatorio del 90 del Código de Procedimiento Penal establece, por el contrario, como motivo de ruptura de la unidad procesal, el aparecimiento en la etapa del juicio de pruebas que determinen la existencia de otro hecho punible conexo. En tratándose de conductas no conexas, con mayor razón procede la separación de las investigaciones, pues en un tal supuesto debe seguirse el principio general previsto en el artículo 88 ejusdem, de acuerdo con el cual por cada hecho punible corresponde adelantar una actuación procesal. La ley 104 de 1993, modificada por la 241 de 1995, no introduce excepción alguna al motivo de ruptura de la unidad procesal consagrado en el artículo 90.6 del Código de Procedimiento Penal (hoy artículo 14 de la ley 81 de 1993). La imposición contenida en el artículo 54 de la ley 104, de entrar a establecer la existencia de conexidad entre los delitos comunes objeto de juzgamiento y el político que no venía siendolo, tenía un objetivo específico: determinar, con fundamento en las pruebas adjuntadas a la petición y las obrantes

Pág.

en el proceso, la procedencia de los beneficios allí previstos, para cuyos efectos el juzgamiento quedaba suspendido hasta tanto fuera decidida la solicitud (arts. 54 y 56 de la ley 104 de 1993 y 22, 25 y 26 de la ley 241 de 1995). Si el estudio del funcionario judicial resultaba favorable, debía disponer la extinción de la acción penal en relación con todos los delitos -los comunes objeto de juzgamiento y los de carácter político no investigados-, siempre y cuando se cumplieran las demás condiciones establecidas en la ley, y no se tratara de hechos punibles exceptuados por ella, como delitos atroces, genocidios, homicidios cometidos fuera de combate, con sevicia, o en estado de indefensión, secuestros, y actos de ferocidad o barbarie (art.48 inc. 3° de la ley 104/93). Las preguntas realizadas por los agentes de la policía nacional a los procesados inmediatamente después de su aprehensión, con el fin de hacer claridad sobre lo sucedido, constituyen, por su parte, actos de averiguación que la policía judicial puede cumplir en ejercicio de la función de que está investida, por ser inherentes a ella, cuyos resultados el funcionario judicial puede valorar probatoriamente, con arreglo a los principios que presiden la sana crítica, en la medida que hayan sido plasmados en un informe, o revelados directamente por quienes realizaron los operativos (arts.336 y 338 Decreto 050 de 1987 y 316 del actual estatuto procesal). Magistrado Ponente Dr. *Fernando Arboleda Ripoll*. Sentencia Casación. Fecha: 21 de octubre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal. Ciudad: Nacional. Procesado: Muñoz Tascón, Jairo Alberto. Procesado: Villada Betancorth, Javier Harold. Procesado: Jaramillo Arango, Jorge Alberto. Delitos: Tentativa de homicidio, Porte de armas de uso privativo de las. F.M., Homicidio agravado. Proceso: 13419. Publicada: Si.

Véase también en Internet..... 973

DERECHO DE DEFENSA/ INDAGATORIA/ INDICIO. 1.- SOLICITUD DE CASACIÓN OFICIOSA: Como ya se mencionó, la indagatoria de (...) fue recibida por la Fiscalía en las dependencias de la Cárcel del Circuito Judicial de Chiquinquirá, asistido por una persona honorable pero carente de título de abogado, el 28 de junio de 1993, cuando aún estaba rigiendo el inciso 1° del artículo 148 del Código de Procedimiento Penal, que permitía expresamente, al igual que el artículo 34 del decreto 196 de 1971, que cuando no hubiere abogado que asistiese al por indagar, la defensa se confiara a un ciudadano honorable, siempre que no fuese servidor público. De acuerdo con lo que ahora dispone el artículo 45 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, desde antes definido por la jurisprudencia cons-

Pág.

titucional y también señalado por esta Sala, entre otras providencias en las de fecha 26 de junio de 1996, casación 9280, M. P. Dr. Ricardo Calvete Rangel ("en ese momento no solo no constituía irregularidad alguna, sino que el funcionario obró así en cumplimiento de la ley, de manera que su posterior declaración de inconstitucionalidad produce efectos hacia el futuro, y no puede pretenderse, so pretexto de esa circunstancia sobreviniente, la nulidad de un proceso ajustado a la legislación vigente"); 25 de julio de 1996, casación 9577, y 6 de mayo de 1998, casación 11053, ponente quien ahora realiza igual función, la sentencia de la Corte Constitucional C-049, de fecha 8 de febrero de 1996, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz, que declaró la inexequibilidad de las disposiciones citadas en el párrafo anterior, sólo produce efectos hacia el futuro, al no haberse realizado mención a alguna hipotética retroactividad, por lo cual no alcanza a incidir en tal diligencia, practicada con anterioridad y dentro de la facultad claramente conferida por los expresos preceptos legales vigentes en el momento de su realización. 2.- En la construcción de un indicio se necesita que el hecho indicador esté probado, lo cual significa que el reproche puede consistir en haber supuesto pruebas para acreditarlo, en haber omitido considerar las que lo desvirtúan, en tergiversar los elementos de juicio para declararlo probado, en violar las reglas de la sana crítica al darles valor, o en tener en cuenta pruebas ilegalmente aducidas, todo lo cual frente a este primer elemento del indicio (el hecho indicador), permite que el cargo se pueda presentar por error de hecho o de derecho, según sea el caso. Cuando el reparo se dirige únicamente a rebatir la inferencia lógica, se debe invocar el falso juicio de identidad, por ocurrir una tergiversación al inferir de los hechos probados consecuencias que éstos no generan. Magistrado Ponente Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Sentencia Casación. Fecha: 21 de octubre de 1998. Decisión: No Casa. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Tunja. Recurrente: Lara Cortés, Luis Guilermo. Recurrente: Cañón Gonzalez, Francisco Antonio. Delitos: Homicidio. Proceso: 10240. Publicada: Sí.
Véase también en Internet 998

SUBROGADO PENAL/ COMPETENCIA. El procesado confusamente solicita "se me conceda la extensión del beneficio del subrogado penal, para cumplir el resto (6 meses) del período legal de prueba de que trata el art. 68 del C.P., mediante presentaciones ante el Consulado de Colombia en Miami" desconociendo con ello no solo que, no cobrando ejecutoria la sentencia proferida en su

Pág.

contra por haberse interpuesto precisamente el recurso de casación, su condición no es la de un condenado sino la de una persona aún *sub judice* y por tanto las disposiciones en aquella contenidas, incluido obviamente el subrogado penal no son todavía ejecutables quedando claro en consecuencia que el período de prueba comienza a contabilizarse una vez el fallo quede en firme, sino además que la Sala carece de competencia para atender en el trámite de la impugnación extraordinaria, excepción hecha de las solicitudes de libertad formuladas con fundamento en el numeral 2° del artículo 55 de la Ley 81 de 1993, peticiones o incidentes ajenos a ella, mucho más cuando, como en este caso, el procesado efectúa su petición respecto de una de las decisiones adoptada en la sentencia recurrida, todo lo cual conduce a que la Corte se abstenga de decidir sobre aquella. Magistrado Ponente Dr. *Carlos A. Gálvez Argote.* Auto Casación. Fecha: 22 de octubre de 1998. Decisión: Se abstiene de emitir pronunciamiento. Procesado: Varón Giraldo, Arturo. Proceso: 14637. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 1014

INDAGATORIA/ JURAMENTO. Aunque la indagatoria es en principio un medio de defensa a través del cual la persona vinculada al proceso penal tiene la oportunidad de explicar unos hechos que se le atribuyen, obra igualmente como medio de prueba en cuanto contribuye a aclarar y a reconstruir lo sucedido. En tal orden de ideas resulta absurdo señalar que cuando el imputado relata un acontecer y en su exposición declara en contra de otro o de otros, la circunstancia de no ser juramentado para volverlo a interrogar sobre el particular impide la valoración de su indagatoria y la circunstancia eventual de utilizarla como medio de convicción para edificar desde el punto de vista probatorio una determinación judicial. Cierto que el artículo 357 del Código de Procedimiento Penal prescribe como regla general en la realización de la indagatoria la prohibición de juramentar al imputado y como excepción la de hacerlo cuando éste "declarare contra otro". En presencia de esta hipótesis, sin embargo, la no imposición del juramento en manera alguna traduce un vicio de la indagatoria y menos impide la apreciación de su contenido total y en particular de las declaraciones contra otros que allí se hagan. El sentido del juramento en el curso de la indagatoria, en cuanto su imposición se exige del hecho de declarar en contra de otro, tiene que ver con la responsabilidad personal de quien hace la incriminación, con la no impunidad total de sus aseveraciones, la cual sólo lo protege hasta el momento en que las explicaciones que realice en su defensa no signifiquen la atribución de un hecho delictivo a otra persona, caso en el cual el juramento

Pág.

tiene por objeto convertirlo en testigo respecto de esa afirmación y en consecuencia en eventual autor de falso testimonio en el caso de no resultar cierta su incriminación. No obstante, reitera la Sala, la omisión del juramento en la hipótesis examinada en ninguna forma hace nugatoria la posibilidad del examen integral de la indagatoria como medio de prueba y obviamente la de ser tomada como fundamento de cualquier determinación dentro del proceso penal, incluidas naturalmente la acusación y la sentencia. Lo único que propicia tal tipo de irregularidad, ya se dijo, es la imposibilidad de derivar responsabilidad penal en contra de quien incrimine falsamente a otro en el marco de dicha diligencia de vinculación procesal. La dinámica misma de exposición de las personas involucradas en un accidente de tránsito, al tiempo que afirman generalmente la realización de un comportamiento propio debido, entrañan el señalamiento expreso o tácito de la conducta del otro como causa determinante del resultado, lo cual no puede traducir que en tales casos haya que juramentar a los implicados pues con tal lógica, en la medida que resulta imposible separar la imputación de la conducta culposa al otro, de la explicación misma del propio comportamiento, se terminaría en tales casos atentando contra la naturaleza jurídica primordial que la diligencia de indagatoria posee en el derecho procesal penal colombiano, cual es la de ser un medio de defensa del procesado cuya práctica no debe estar sometida a ningún tipo de presión, incluida por supuesto la imposición del juramento. Magistrado Ponente Dr. *Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Sentencia Casación. Fecha: 22 de octubre de 1998. Decisión: Desestima la demanda, casa parcial y de oficio, anula solo por un delito, fija pena, revoca la condena al pago de perjuicios. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Manizales. Recurrente: Angel Gómez, Luis Alberto. Delitos: Lesiones personales culposas, Homicidio culposo. Proceso: 10934. Publicada: Sí.

Véase también en Internet..... 1016

COMPETENCIA FUNCIONAL. Corresponde a la Corte desatar el planteado conflicto de competencia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 68-5 del C. de P.P. dado que los Juzgados Penales de Circuito involucrados en él pertenecen a distintos Distritos Judiciales. Este es uno de los casos que se conocen en la doctrina y la jurisprudencia como de competencia funcional, en el que calificado el mérito del sumario por quien se considera competente -en este caso la Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Bogotá-, obviamente el Juez correspondiente es quien debe pronunciarse sobre dicho asunto; y si encuentra que hubo errada

Pág.

calificación, procederá a anular mediante providencia susceptible de ser impugnada por los sujetos procesales inconformes, dándole así oportunidad al Tribunal o superior funcional correspondiente a que se pronuncie al respecto. No puede, por tanto, un Juez en tales condiciones declinar su competencia para radicarla en cabeza de otro que tendría que conocer de una acusación de la cual no es el competente. Magistrado Ponente Dr. *Didimo Páez Velandia*. Auto Colisión de Competencias. Fecha:. Decisión: Asigna el conocimiento al Juzgado 48 P.C. Santa Fe de Bogotá. Procedencia: Juzgado Penal del Circuito. Ciudad: Lérida. Procesado: Campos Mora, Yamín Alirio. Delitos: Receptación. Proceso: 14839. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 1029

VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY/ FALSO JUICIO DE LEGALIDAD. La ilegalidad de los medios de convicción no puede hacerse valer por medio de la causal tercera de casación (nulidad), sino a través de la primera (violación indirecta de la ley sustancial), porque en últimas el desfase judicial consistiría en apreciar unas pruebas que jurídicamente son inexistentes, modalidad que en la doctrina jurisprudencial se conoce como *error de derecho por falso juicio de legalidad*. En efecto, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política, "es nula, *de pleno derecho*, la prueba obtenida con violación del debido proceso", lo cual significa que, cuando se violan las formas sustanciales de cada medio probatorio o éste se lleva a cabo con detrimento de los derechos fundamentales, la sanción es la inexistencia de la prueba y no la nulidad de la actuación procesal. La consecuencia obvia de la ilegalidad de algunas pruebas es que, si en el proceso no cuentan otras válidamente practicadas y meritorias para establecer el objeto propuesto, entonces debe optarse por la sentencia absolutoria y no por la nulidad y reposición de lo actuado, pues priman en esta materia los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. Magistrado Ponente Dr. *Jorge Aníbal Gómez Gallego*. Auto Casación. Fecha: 28 de octubre de 1998. Decisión: Rechaza in limine las demandas. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Armenia. Procesado: Ruiz Granada, Omar Leonardo. Procesado: Orozco Tavera, Horacio. Delitos: Hurto, Porte de armas de defensa personal, Homicidio agravado. Proceso: 13578. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 1033

COLISION DE COMPETENCIA. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la competente para desatar el conflicto de competencias negativo suscitado entre el Juzgado 1° Penal

Pág.

Municipal de Chinchiná (Caldas) y el Juzgado 2° Penal Municipal de Dosquebradas (Risaralda), según así lo dispone el numeral 5° del artículo 68 del Código de Procedimiento Penal, relacionado con el lugar en que se cometió la contravención, y siguiendo doctrina reiterada por la Sala (véase rad. 12184 del 17 de sep. de 1996 y 13982 del 18 de feb. de 1998, M.P. Dr. Jorge A. Gómez Gallego). El artículo 80 del Código de Procedimiento Penal contempla los criterios a seguir, cuando se trata de hechos punibles realizados en distintos territorios, a efecto de determinar la competencia, siendo uno de ellos el lugar donde primero se hubiere proferido resolución de apertura de instrucción, como aquí ocurre. De otra parte, el punto de discusión de los colisionantes radica en que el automotor objeto del acto arbitrario se ocultó en la localidad de Chinchiná, pero tal circunstancia, en este caso, no determina la competencia, toda vez que hay que tener en cuenta las manifestaciones del sujeto activo de la infracción, en el sentido de que los actos arbitrarios para hacerse justicia se iniciaron en el municipio de Dosquebradas, lugar donde tomó indebidamente el camión y se abrió el proceso penal. Magistrado Ponente Dr. *Jorge E. Córdoba Poveda*. Auto Colisión de Competencia. Fecha: 29 de octubre de 1998. Decisión: Declara competencia al Juzgado 2° Penal Municipal de Dosquebradas. Procedencia: Juzgado 1° Penal Municipal. Ciudad: Chinchiná. Procesado: Aguirre García, Antonio. Delitos: Ejercicio arbitrario de las propias razones. Proceso: 14440. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 1043

SANA CRITICA/ FALSO JUICIO DE CONVICCION. En razón a que en el Derecho Procesal Penal colombiano está instituido el sistema de la sana crítica, generalmente resulta desatinado alegar error por falso juicio de convicción, cuando la ley no ha establecido opciones de credibilidad ni grados de persuasión, predeterminados en relación con el medio probatorio. Es que la lógica, la ciencia y la experiencia son fenómenos que no se tasan a priori, sencillamente porque son herramientas de valoración que han de aplicarse sin prejuicios, sobre la singularidad y peculiaridades de los diversos casos concretos. Magistrado Ponente Dr. *Nilson Pinilla Pinilla*. Auto Casación. Fecha: 29 de octubre de 1998. Decisión: Rechaza in limine la demanda. Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial. Ciudad: Santa Fe de Bogotá. Procesado: Jiménez Puentes, Luis Gonzalo. Delitos: Porte de armas de defensa personal, Homicidio. Proceso: 12858. Publicada: Sí.

Véase también en Internet 1047



En la Imprenta Nacional de Colombia
se realizó el diseño gráfico de esta obra
«Gaceta Judicial . Sala de Casación Penal-
Segundo Semestre 1998
Volumen I»
en julio de 2000.

Ivstitia et Litterae